

تأليف

الإمام النظار المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني الحسني

رحمه الله

تحقيق

محمد يحيى سالم عزان　　حميد جابر عبيد

الجزء الخامس




شرح
التجريد
في فقه الزيدية

الطبعة الأولى

١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م



مركز التراث والبحوث اليمني

صنعاء - الجمهورية اليمنية

هاتف: ٢٠٥٤٧٠ فاكس: ٢٠٥٤٥١

بريد إلكتروني: YemenHRC@y.net.ye

Yemen Heritage and Research Center

7918 Jones Branch Dr., Suite 600

Mclean, VA 22102 USA

Tel :(703) 918 4924 Fax (703) 918 4925

البريد الإلكتروني: yhrc@YemenHRC.org

WWW.ymnhrc.org



كتاب



الحمد لله الذي أحل البيع والشراء، وأرفق بهما جميع الورى، وحرم الغصب والربا، وصلى الله على النبي المصطفى، محمد وآله أئمة الهدى، وسلم تسليماً.

باب القول في العتق على الشرط

مسألة: في تعليق عتق الزوجين على ما أولدوا

قال – أيده الله –: لو أن رجُلاً قال لعبده وأمته وهما زوجان: إن ولَدَتْ امرأتك هذه صبية، فهي حرَّة، وإن ولَدَتْ صبياً، فأنت حرٌ، فإن ولدت غلاماً، عتق أبوه، وإن ولدت جارية، عتقت أمها، فإن ولدت توأمين، غلاماً وجارية معاً، في بطن واحد، وكانت ولدت الغلام قبل، ثُمَّ الجارية بعدُ[١]، عتق العبد ساعة يولد الغلام، والأمة ساعة تولد الجارية، ويكون الصبيان مملوكين، فإن ولدت الجارية قبل، ثُمَّ ولدت الغلام بعد، عتقت الأمة ساعة تولد[٢] الجارية، ثُمَّ إذا ولدت الغلام، عتق العبد، وكان الغلام /٧/ حراً، والجارية مملوكة، وكل ما ولدت الحرة، فهو حرٌّ.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

العتق على الشرط مما لا خلاف فيه، إذ قد أجمعوا أن من قال لعبده: إن متُّ، فأنت حرٌ، يعتق بعد موته، وكذلك إن قال: إن شفى الله مريضي، فأنت حر، يعتق إن شفى الله ذلك المريض، فهو إجماع، فعلى هذا إذا قال لعبده وأمته ما ذكرناه في صدر المسألة، إن ولدت غلاماً، عتق العبد لوقوع الشرط الذين تعلق عتقه به، وكذلك إن ولدت جارية، عتقت الأمة لوقوع الشرط الذي تعلق العتق به، فإن ولدت توأمين، وكان الغلام ولد أولاً، ثُمَّ الجارية بعده، عتق الأبوان لحصول الشرطين

---

(١) في (أ): الجارية عتق.

(٢) في (أ) تلد الجارية.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٤٣٦، ٤٣٧.

الذي تعلق بهما عتقهما على ما بيناه، وإن ولدت الجارية، ثُمَّ الغلام، عتق الأبوان لحصول الشرطين، وعتق الغلام؛ لأن أمه عتقت حين ولدت الجاريةَ، وهو بعد في بطنها ومن جملتها، فسرى عتق الأمة في الغلام، فعتق الغلام؛ لأن ما تلد الحرة لا يكون إلاَّ حراً، لا خلاف فيه بين المسلمين، وتبقى الجارية مملوكة - أعني المولودة أولاً - كما كانت؛ لأنَّه لم يكن أمرٌ يوجب عتقه، فهي كما كانت.

مسألة: فيمن قال أول ما تلد جاريتي فهو حر

قال: ولو أن رجلاً قال: أول ولد تلده جاريتي فهو حر، فولدت اثنين في بطن معاً، عتقا معاً[1]، إلاَّ أن يكون نوى الأول من الاثنين إن كانا في بطن، فله نيته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]

ووجهه: أن الأيمان محمولة على العرف، والعرف في هذا أن الإنسان يريد ما تضعه المملوكة في البطن الأول، وليس يريد الترتيب، إذ ليس في العادة ولادة التوأمين، وإنما يقع ذلك في الندر، فأما العادة، فما ذكرناه، وإياها يتناول العرف، فلذلك قال: إن العتق يقع على ما تضع في البطن الأول، واحداً كان، أو اثنين، إلاَّ أن يكون نوى الأول منهما في الوضع، فإن كان نوى ذلك، فله نيته، وذلك أن النية أقوى من العرف على ما سنبينه من بعد في كتاب الأيمان، والله أعلم.

مسألة: في العتق على البشارة

وقال: ولو أن رجلاً قال: من بشرني بكذا، فهو حر، فبشره به عبدٌ من عبيده، ثُمَّ أتاه بعد ذلك عبد آخر، فبشره به، كان الأول حراً دون الثاني.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

وذلك أن البِشَارة اسم لما يقع التبشير به أولاً، ثُمَّ ما يَرِدُ بعده من الأخبار لا

---

(١) في (ب) : جميعاً.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٥.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٤.

يسمى بشارة إذا كان الخبر الأول قد استقرت صحته في النفس، يبين ذلك أن الخبر الذي يرد بعد ذلك بمدة طويلة لا يسمى بشارة، والعلة فيه أنَّه ورد والخبر المتقدم[١] قد أفاد فائدته، فكذلك[٢] الخبر الثاني لا يكون بشارة؛ لأنَّه ورد والخبر الأول قد أفاد فائدته، وإذا كانت[٣] البشارة هي /٨/ الخبر الأول، فالمبشر ما أتى به دون ما سواه.

فإن قيل: فالله تعالى قد سمى الرسل مبشرين، وإن أتى واحد بعد واحد.

قيل له: هذا[٤] لا يشبه ما نحن فيه؛ لأن الرسل - صلى الله عليهم أجمعين - ورد كل واحد منهم في الأغلب إلى قوم، فكان بشيراً لهم، وأيضاً عرف من جهة كل واحد من تفاصيل ما بشر به المؤمنون ما لم يُعرف من جهة غيره، فصح أن يكون الجميع منهم مبشرين، وليس كذلك مسألتنا؛ لأنا إنَّما قلنا ذلك إذا كان المبشِّر واحداً، وكان الذي وقعت البشارة به أمراً واحداً، على وجهٍ واحد.

فإن قيل: لا يمتنع أن يقول الإنسان: أتاني بكذا مبشرٌ بعد مبشر، فيسمي الثاني مبشراً.

قيل له: هذا على وجه التوسع، والحقيقة ما ذكرناه؛ لما بيناه.

مسألة: في تعليق العتق على مشيئة الله

قال: ولو أن رجلاً قال لعبده: أنت حر إن شاء الله، عتق العبد إن كان مسلماً عفيفاً، ولم يعتق إن كان فاسقاً فاجراً، وكذا القول إن قال له: أنت حر بعد وفاتي إن شاء الله.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٥].

الاستثناء عند أكثر العلماء يمنع وقوع العتق.

---

(١) في (ب): الأول.

(٢) في (أ): فلذلك.

(٣) في (ب): كان.

(٤) سقط: هذا من (ب).

(٥) انظر: الأحكام: ٢/٤٤٠.

ووجهه: أن التقدير في هذا :إن كان شاء الله ذلك عنده، على ما بيناه في الاستثناء[1] في الطلاق، ومن مذهبه أنَّه لا قُربةَ في عتق الفاسق، ومشيئة الله – عز وجل – لا تتناول من أفعالنا إلاَّ ما كان قُربة، فإذا لم تتعلق مشيئته – عز وجل – بعتق الفاسق على أصله، فهو بمنـــزلة من علق عتقه على شرط، و لم يحصل الشرط، في أنَّه لا يقع العتق.

فإن قيل: روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: «من قال إن شاء الله، فقد استثنى».

قيل له: حقيقة الاستثناء ما ذهبنا إليه؛ لأن الاستثناء من حقه أن يخرج[2] من الكلام بعض ما يقتضيه اللفظ، فأما ما يجعل وجود اللفظ كعدمه، فذلك لا يسمى استثناء، وعند مخالفنا قوله: إن شاء الله، يجعل اللفظ في حكم ما لم يكن، وعندنا يخرج منه بعض ما اقتضاه، فنحن قد جعلناه استثناء في الحقيقة، دون من[3] خالفنا، على أن أبا حنيفة وأصحابه لا يخالفون في أنَّه إن قال: أنت حر إن شاء زيد، أنَّه يعتبر فيه مشيئة زيد، فكذلك ما اختلفنا فيه.

مسألة: في العتق قبل الملك

وقال: ولو أنَّه قال لعبد غيره: أنت حر من مالي، لم يفد ذلك القول شيئاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4].

وذلك لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –:«لا عتق قبل الملك». وهذا مما لا خلاف فيه، فإن قال: إذا اشتريتك فأنت حر[5]، لم يعتق، وإن /٩/ اشتراه، وملكه. وهذا عند أبي حنيفة يعتق. وقول الشافعي كقولنا، لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم–:

---

(١) سقط (في الاستثناء) من (ب).

(٢) في (ب): لأن حقيقته الاستثناء أن يخرج.

(٣) في (أ): ما.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/٤٤٤.

(٥) سقط من (ب): فأنت حر.

«لا عتق قبل الملك»[١]. وهذا عتق قبل الملك.

فإن قيل: المراد به لا يقع العتق قبل الملك، وهذا مما لا نختلف فيه، وإنما نقول: إن العتق ينعقد قبل الملك، ثُمَّ يقع بعد الملك.

قيل له: اللفظ يتناول النفي عاماً، فيمنع الانعقاد كما منع الوقوع، وأيضاً لا خلاف لو لم يضفه إلى الملك، لم يقع العتق، فكذلك إذا أضافه، والمعنى أنَّه لَفَظَ بالعتق قبل الملك، وأيضاً قوله: أنت حر، هو موجِب للعتق، وحصول ما علق العتق به هو شرط لوقوعه، كأن يقول: لو دخلت الدار، ولا خلاف أن الشرط لو وقع ولا ملك، أنَّه[٢] لا يعتق، كذلك الموجب لو وقع ولا ملك يجب ألاَّ يعتق، والعلة حصول أحد سببي العتق ولا ملك، والمسألة مما لا أحفظ فيها خلافاً بين أهل البيت، وإجماعهم عندنا حجة.

قال: فإن قال: إن اشتريتك، فلله عليَّ أن أعتقك، وجب عليه أن يعتقه إن اشتراه، وملكه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

وذلك أنَّه نذر أوجبه على نفسه، فيجب[٤] الوفاء به كما يجب الوفاء بسائر النذور، والعتق مما يصح ثبوته في الذمة، فيجب أن يصح النذر به.

مسألة: في تعليق العتق على البيع

قال: ولو أن رجلاً قال لعبده: إن بعتك، فأنت حر، وجب عليه أن يستقيل صاحبه، فإن أقاله وإلا ابتاعه بما قلَّ أو كثر، ثُمَّ يعتقه، فإن أبى المشتري بيعه وإقالته، اشترى مثله بثمنه، وأعتقه.

---

(١) أخرجه الحاكم ٤٥٤/٢، والبيهقي ٣١٩/٧، والربيع ٢٦٣/١، وابن ماجة ٦٠٠/١، عن عائشة وجابر وابن عباس والمسور بن مخرمة بلفظ: ولا عتق إلا بعد ملك.

(٢) سقط من (ب): أنه.

(٣) انظر: المنتخب ١٧٣.

(٤) في (أ): ويجب.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

اعلم[٢] أن جميع ذلك استحباب، وليس هو على طريق الوجوب، وذكر الوجوب على جهة التوسع؛ ألا ترى أنَّه قال: يبتاعه، ثُمَّ يعتقه. فلو كان العتق يكون واقعاً، لقال: وإذا ابتاعه، عتق عليه، وإنما قلنا: إنَّه لا يعتق؛ لأن الشرط الذي هو البيع حصل مع زوال ملكه، فكان بمنـــزلة شروط العتق، ولا شك في أنَّه لا يقع العتق.

ووجه الاستحباب: أنَّه في حكم من وعده أن يعتقه عند أمر، فيستحب له الوفاء بما وعد؛ لمدح الله - عز وجل - الموفين بالعهد، فإن لم يمكنه ذلك، استُحب له أن يصرف ثمنه في باب العتق؛ لأن قوله تضمن وعداً فاته الثمن بسبب، فيستحب له الوفاء به على ما يمكن.

قال: فإن باعه على أنَّه بالخيار مدة[٣] معلومة، لم يعتق إن اختار فسخ البيع.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

وذلك أن حقيقة البيع لم تحصل؛ لأن المبيع بعدُ على ملك بائعه، فلم يحصل الشرط.

قال: وإن أمضى البيع، كان القول فيه كالقول في المسألة الأولى تخريجاً؛ لأن شرط الوعد قد حصل.

قال: وكذلك إن قال: إن بعت /١٠/ ثوبي هذا، فهو صدقة للمساكين. وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥]. ووجهه ما مضى.

مسألة: في وقت وقوع العتق المعلّق

قال: وكل من أعتق مملوكه بشرط، عتق عند حصول الشرط، فإن كان الشرط تقدم حصوله، وقع العتق عند التلفظ به.

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧٣.

(٢) في (أ): واعلم.

(٣) في (أ): أياماً.

(٤) انظر: المنتخب: ١٧٣.

(٥) انظر: المنتخب: ١٧٣.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

وذلك أن اللفظ هو الموجب للعتق على الشرط، وحصول الشرط مع الموجب يقتضي وقوع العتق، فأيُّهما تقدم، وقع العتق، فإذا [٢] حصلا جميعاً، وقع العتق، وأحدهما أن يقول: إن دخلت الدار، فأنت حر، فمتى دخل الدار، وقع العتق حين يقع الدخول[٣].

مسألة: في قول السيد كل مملوك لي حر

قال: ولو أن رجلاً قال: كل مملوك لي حر، وله مدبر، ومكاتب، وأم ولد، وعبد عَتق بعضُه، عتقوا كلهم، و لم يكن للمكاتَب أن يرجع عليه بما أخذ منه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

وذلك أن اللفظ عمهم جميعاً، وإن كان لفظ الذكور؛ لأنَّه يصح أن يعبر عن الذكر والأنثى إذا اجتمعا بلفظ التذكير.

وقوله: (وعبد عتق بعضه) المراد به أحد معنيين: إما أن يكون المراد به مكاتب أدى بعض كتابته، فإنَّه يكون بقدر ما أدى في حكم من عتق منه ذلك القدر، أو يريد ذلك على مذهب من يصحح تبعيض[٥] العتق، فأما على قوله، فلا؛ لأن العتق عنده لا يتبعض، ولا يرجع بما أخذ من المكاتب المكاتب عليه؛ لأنَّه قد ملكه، ونفذ العتق في المكاتب.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٣.

(٢) في (ب): فإن.

(٣) في (ب): اللفظ. وظنّن على: الدخول.

(٤) انظر: المنتخب: ١٧٦ - ١٧٧.

(٥) في (ب): بعض، وظنّن على ما أثبتناه.

باب القول فيمن أعتق الشقص من مملوكه

مسألة: في سراية العتق

من أعتق جزءاً من عبده، أو عضواً، صار العبد كله حراً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

قال أبو حنيفة: من أعتق جزءاً من عبده[٢] يعتق منه ذلك الجزء، ويسعى له في بقية قيمته، وقال أبو يوسف، ومحمد، مثل قولنا، يعتق كله، ولا سعاية عليه، وبه قال الشافعي على ما حكى ابن سريج[٣].

والأصل فيه: حديث قتادة عن أبي المليح[٤]، عن أبيه، أن رجلاً أعتق شقصاً له في[٥] مملوك، فأعتقه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وقال: «ليس لله شريك»[٦]. ففيه وجهان من الدلالة على أن العتق لا يتبعض، وأن عتق البعض يوجب عتقَ سائره:

فأحدهما: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أعتقه حين أعتق الرجل شقصاً له فيه، وأوجب عتق جميعه لعتق[٧] بعضه.

والثاني: قوله «ليس لله شريك». فدل ذلك أن بعض العبد إذا عتق، لم يجز أن يبقى شرك فيه لأحد، حتى يكون[٨] بعضه حراً وبعضه مملوكاً.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/٤٤١.

(٢) في (ب): مملوكه.

(٣) في (أ): شريح.

(٤) في (أ): ابن المليح.

(٥) في (ب): من.

(٦) أخرجه البيهقي ١٠/٢٧٣، والنسائي ٣/١٨٦، وأبو داود ٤/٢٣، والطحاوي ٣/١٠٧.

(٧) في (أ): بعتق.

(٨) أي: حتى لا يكون.

فإن قيل: ليس هذا في ظاهر قوله «ليس لله شريك».

قيل له: لا يحتمل أن يكون المراد سواه؛ لأنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقصد بيان التوحيد في هذا الموضع، وإنما قصد بيان حال العبد، وأنه لا يجوز أن يبقى فيه مع حرية بعضه شرك/١١/ لأحد، وقد ذكر في بعض الأخبار:«فهو حر كله»[١].

وروي عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من أعتق نصيباً له في عبد، وكان له من المال ما يبلغ ثمنه بقيمة العبد[٢]، فهو عتيق»[٣].

فدل ذلك على أنَّه يعتق كله إذا كان صاحبه موسراً.

وروى الطحاوي بإسناده، عن نافع، عن ابن عمر: «من أعتق شركاً له في مملوك، فقد عتق كله، فإن كان للذي أعتقه من المال ما يبلغ ثمنه، فعليه عتقه كله»[٤]. ففي قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «عتق كله».ما يدل على أن عتق البعض عتق لسائره، وقوله: «فإن كان له مال، فعليه عتقه». يجب أن يكون المراد به ضمان كمال العتق؛ لأن حصول العتق في الأول قد حصل غير مشروط، فلا بد من أن يكون للّفظ[٥] الثاني فائدة، وفائدته ما ذكرنا، لدلالة سائر الأخبار على ضمان الموسر نصيب شريكه.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ما رواه ابن عمر: «من أعتق نصيباً له في عبد، كلف عتق ما بقي»[٦]. وفي لفظ آخر: « كلف أن يتم عتقه»[٧].

---

(١) أخرجه البيهقي ٢٧٤/١٠، والطحاوي ٣٨٤/٤، عن قتادة عن أبي المليح.
(٢) في (ب): العدل.
(٣) أخرجه البخاري ٨٨٢/٢، والترمذي ٦٢٩/٣، والنسائي ١٨٣/٣.
(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٠٦/٣، وإسناده: حدثنا مسدد، حدثنا يحيى، عن عبيدالله، به.
(٥) في (أ): اللفظ.
(٦) أخرجه أبو عوانة ٢٢٠/٣، والنسائي ١٨٤/٣، وأحمد ٧٧/٢، والبيهقي ٢٧٧/١٠.
(٧) أخرجه أحمد ٢/٢ عن نافع عن ابن عمر أيضاً.

قيل له: يحتمل ذلك كله أن يكون المراد به ضمان العتق كله على ما بيناه قبل هذا.

فإن قيل: لا خلاف أن الشريكين في عبد لو أعتقاه، عتق، وكان ولاؤه لهما، فثبت صحة وقوع العتق عن كل واحد منهما في نصيبه، وبان أن العتق يتبعض.

قيل له: ليس معنى قولنا إن العتق لا يتبعض أنّه[1] لا يقع من كل واحد من الشريكين في نصيبه، وإنما المراد أنّه لا يبقى بعضه مملوكاً مع كون بعضه حراً، فلا فائدة لما ذكرتم.

فإن قيل: روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[2]. فلم يجب أن يعتق نصيب الشريك لعتق أحد الشريكين نصيبه؛ لأنَّه لا يملك نصيب شريكه.

قيل له: لم يقل - صلى الله عليه وآله وسلم -: لا عتق فيما لا يملكه المعتق، وإنما قال: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم». ونصيب شريكه مما يملك ابن آدم، ولا متعلق لكم في الظاهر، ويحتمل أن يكون المراد أن العتق لا يتأتى إلاَّ في المملوك، ليُعلَم أن من أُعتق في دار الحرب قبل أن يملك المعتق، لم يقع العتق، على أن رجلاً لو أوصى لرجل بما في بطن جاريته، ثُمَّ مات، فأعتق الوارث جاريته، نفذ العتق فيها وفيما في بطنها، وما في بطنها ليس بملك للمعتق، وإنما عتق لتعلقه بملكه، فكذلك الشريك، وأيضاً العتق موجب للتحريم من غير أن يكون فيه إباحة /١٢/ للغير، فوجب ألا يتبعض، دليله الطلاق، ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أنَّه لو قال: وجهك حرٌ، أو فرجك حرٌ، أنَّه يوجب عتقه كله، وكانت العلة فيه تعليق الحرية بالبعض، فكذلك ما اختلفنا فيه.

فإن قيل: العلة في ذلك أنَّه يعبَّر بالوجه عن الجملة، وكذلك الفرج.

قيل له: هذا غير مسلَّم، ولا يعرف في اللغة الفرق، فأما الكلام في العضو، فإنه يجيء بعد هذه المسألة.

---

(١) سقط من (أ): أنه.

(٢) أخرجه الحاكم ٤٥٥/٢، والترمذي ٤٨٦/٣، والبيهقي ٣١٩/٧، عن جابر - رضي الله عنه -.

مسألة: فيما يوجب العتق من الألفاظ

قال: ولا فصل بين أن يقول: أنت حر، وبين أن يقول: رجلك حرة، أو يدك حرة، أو فخذك حر، أو صدرك حر، أو بعضك حر، أو شعرة منك حرة، كل ذلك يوجب العتق.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١]، وأظنه قول الشافعي، قال أبو حنيفة وأصحابه: ذلك في أعضاء مخصوصة، وهي الرأس، والبدن، والنفس، والجسد، والروح، والرقبة، والفرج، حكاه أبو الحسن الكرخي، قال: ولا يعتق إذا قال ذلك في غيرهن من الأعضاء.

ووجهه: أنَّه عتق إذا وقع في بعضه، فيجب أن يعتق كله، بدلالة الأخبار المتقدمة نحو قوله: «من أعتق شقصاً له في مملوك». ونحوه، وأيضاً لا خلاف فيما ذكرناه من الأعضاء نحو الرأس، والوجه، والفرج، أنَّه إذا علق العتق عليه، عتق العبد، كذلك ما اختلفنا فيه من الأعضاء؛ بعلة أنَّه تعليق العتق على عضو له.

فإن قيل: لأن هذه الأعضاء يُعبَّر بها عن الجملة.

قيل له: لا نسلم ذلك؛ لأن فيه الرقبة خصوصاً[٢]؛ لأن النص ورد بذكرها، وقد يقال[٣] هذا وجه الرأي، يراد به نفس الرأي، وهذا باطن الرأي، والمرجع في جميع ذلك إلى الرأي، وهم لا يوجبون العتق المعلق عليهما[٤].

فإن قيل: فقد يقال: عندي كذا رأساً أريد بيعهم.

قيل له: وقد يقال: عندي كذا بطناً أحتاج أن أشبعهم، وكذا ظهراً أحتاج أن أكسوهم، وكل ذلك على التجوز، وعلى أن الغرض به معلوم، لا على أنَّه في الحقيقة

---

(١) انظر: الأحكام/ ٢/ ٤٤١.

(٢) في (أ): لا نسلم في الرقبة خصوصاً.

(٣) في (أ) و(ب):فإن قيل، وشكل عليها، وظنن على ما أثبتنا، ونظَّر على الجواب بكله..

(٤) في (ب): بهما.

اسم للجميع، على أنَّه إذا قال: يدك حرة، أو رجلك حرة، فقد علق العتق على ما يملك؛ لأنَّه مالك يد عبده ورجله، بدلالة أنَّه لو يُجنَى عليهما بالقطع أو غيره، لاستحق المولى أرشهما، فوجب أن يقع العتق، كما أنَّه لو أوقعه على جزء منه معلوم[1] وقع العتق به، والعلة أنَّه علق العتق على ما يملكه، فإذا استقر فيه، فلا خلاف أنَّه يسري إلى الجميع؛ لأنَّه لم يقل أحد بذلك إلاَّ قال: إنَّه يسري في الجميع.

فإن قيل: الفرق بينهما أن بيع الجزء منه يصح، وبيع الأعضاء لا يصح.

قيل له: لأن العتق يحتمل من الجهالة ما لا يحتمله البيع، على أني لا أراهم[2] يصححون البيع لو قال: بعتك روح أمَتي، أو فرجها، أو وجهها، ويصححون ذلك في العتق.

مسألة: في إعتاق الأمَة أو ما في بطنها

قال: ولو أن رجلاً قال لمملوكته: ما في /١٣/ بطنك حرٌ، عتق ما في بطنها، وإن قال: أنت حرة، وما في بطنك مملوك، كانت وما في بطنها حرين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ إذ قد أجمعوا أنَّه يصح من الرجل أن يعتق ما في بطن جاريته، وأن عتقه لا يسري إلى أمه، وقد أجمعوا أن ما تلده الحرة، فهو حرٌ، فإذا عتقت الأم، وجب أن يعتق ما في بطنها.

مسألة: في إعتاق الرجل نصيبه بإذن شريكه

قال: وإذا كان العبد بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه بإذن شريكه، كان العبد حراً، و لم يضمن المعتق لشريكه شيئاً، ووجب على العبد أن يسعى في نصف قيمته لشريك المعتِق.

---

(١) سقط من (ب): معلوم.

(٢) في (ب): ما أراهم.

(٣) انظر: الأحكام: ٤٣٦/٢.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

وذلك أن شريكه حين أذن له في إعتاق نصيب[٢] نفسه، كان قد أبرأه من ضمان سرايته، كما أن من أذن له في بَطِّ جرحه، أو ختان عبده، كان قد أبرأه من ضمان سرايته، فلذلك يسقط عنه الضمان، فإذا سقط ذلك، لزم العبد السعاية.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون ذلك كالأذن في إعتاق نصيبه كما أعتق نصيب نفسه، ولا يجب أن يضمن العبد شيئاً، بمنـــزلة من وكَّل غيره بعتق عبده؟

قيل له: إذا احتمل الأذن ما قلناه وما ذكرتم، لم نحكم[٣] إلاَّ بما تيقناه دون ما احتمل مما لم نتيقنه، وضمان السراية قد تيقنا أنَّه قد أبرأه منه، فقلنا به، وما عداه لم نقل به، فإن قال الشريك: أذنت له في عتق نصيبي، عتق العبد ولم يسعَ، وإن ادعى العبد عليه، كان القول قوله مع يمينه.

مسألة: في إعتاق الرجل نصيبه بغير إذن شريكه

قال: وإن أعتقه بغير إذن شريكه، ضمن المعتق لشريكه نصف قيمة العبد إن كان موسراً، وإن كان معسراً، سعى العبد لشريكه في نصف قيمته غير مشطوط.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

قال أبو حنيفة: إن كان موسراً، فله الخيار بين أن يعتق نصيبه، أو يضمنه المعتق، ويرجع على العبد بما ضمن من نصف قيمته، أو يستسعى العبد فيه، وإن كان معسراً، فشريكه بالخيار بين أن يعتق نصيبه، وبين أن يستسعى العبد فيه، فإذا أدى، عتق.

قال الشافعي: إن كان موسراً، عتق العبد، وقوم[٥] عليه نصيب شريكه، وإن كان

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٦.

(٢) في (أ): نصيبه.

(٣) في (أ): له نحكم.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٤٣٦.

(٥) في (أ): عتق وقوم.

معسراً، عتق نصيبه، وبقي نصيب صاحبه موقوفاً كما كان، فالخلاف بيننا وبينه في المعسر، ولا خلاف بيننا وبينه في الموسر.

فأما أبو يوسف، ومحمد، فقولهما مثل قولنا في المعسر والموسر، وفي أن العبد لا يرجع عليه المعتِق إذا ضمن.

والأصل في هذا: أن العتق لا يتبعض، وأن العبد إذا عتق بعضه، عتق جميعه، وقد مضى القول فيه، وبيناه بما وجب، وشبهناه بالطلاق، ويمكن تشبيهه بالعفو عن دم العمد؛ لأنَّه لا يتبعض، فإذا ثبت ذلك، بطل ما ذهب إليه أبو /١٤/ حنيفة في الموسر والمعسر[١]، وما ذهب إليه الشافعي في المعسر؛ لأن قولهما مبني على جواز تبعيض العتق، وروى كالنص فيما نذهب إليه، روى هناد، عن النضر بن أنس[٢]، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «من أعتق شقصاً، أو شركاً له في مملوك، فعليه خلاصه في ماله، فإن لم يكن له مالٌ، استسعى العبد غير مشقوق عليه»[٣].

فإن قيل: فقد روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: «يعتق الرجل من عبيده ما شاء، ويسترقّ منه ما شاء، وهذا يدل على جواز التبعيض»[٤].

قيل له: ليس في الخبر أن ذلك له في العبد الواحد، فيجوز أن يكون المراد به في الغرض أن ذلك لا يكون محاباة مكروهة، فقد كرهت المحاباة والتخصيص في كثير من المواضع، يبين صحة ما قلناه أن زيداً روي عنه – عليه السلام – في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما، أنَّه يُقوَّم عليه بالعدل، فيضمن لصاحبه حصته، فلو صح أن يُبَعِّض عتق

---

(١) في (أ): في المعسر.

(٢) في (ب): نظر بن أميه. وهو خطأ؛ لأن النظر بن أنس هو الذي يروي عن بشير بن نهيك.

(٣) وأخرجه البخاري ٨٨٢/٢، وابن ماجة ٨٤٤/٢، والبيهقي ٢٨٠/١٠ بأسانيد عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النضر بن أنس به.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض باب العتاقة.

ما يملكه، كان ذلك فيما لا يملكه من (عتق ما لا يملكه من)[1] نصيب شريكه أولى، فكان القياس أن يضمن المعتق نصيب شريكه، معسراً كان، أو موسراً، وحكى ذلك عن عثمان، حكاه أبو بكر الجصاص، والأقرب أنَّه مذهب الناصر على ما حكى عنه في (الألفاظ) وفيه عن الناصر أنَّه لا سعاية على العبد، لكنَّا عدلنا عن القياس فيه لإجماع العلماء على خلافه، وللسنة التي رواها قتادة عن رجاله، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، في إيجاب السعاية على العبد إذا كان المعتق معسراً؛ ولأن الأخبار التي وردت في تضمين المعتق عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- وأكثرها وعامتها اشتراط اليسار، فنبهت تلك الأخبار على أن تضمين المعتق إنَّما هو بشرط اليسار، وخرجت به السنة التي رواها قتادة، فوجب القول به، والقياس الذي عدلنا عنه ما ثبت من أنَّه مستهلك نصيب[2] شريكه، فوجب أن يضمنه، كما يضمن سائر ما يستهلك من أموال غيره، فصح ما ذهبنا إليه من أن لا ضمان على المعسر، ولا يبعد أن يكون الصحيح أن الضمان كان عند المعتق، لكنه لما كان معسراً، انتقل بالسنة إلى العبد كما انتقلت دية الخطأ إلى العاقلة للسنة الواردة فيه.

فإن قيل: ففي بعض الأخبار المروية عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - تضمين المعتق من غير شرط اليسار[3].

قيل له: هذه الأخبار كلها /١٥/ واردة عن طريق ابن عمر، وأكثر ما روى عنه عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فيه اشتراط اليسار[4]، فلا يبعد أن يكون الرواة حذفوا ذلك اختصاراً، على أن الزيادة من حكمها أن تقبل، ويضاف إلى الأصل، ولا سيما إذا كان أكثر الأخبار واردة مع الزيادة.

---

(١) ما بين القوسين من (أ).

(٢) في (ب): نصف نصيب.

(٣) أخرجه البخاري ٨٨٥/٢، ومسلم ١١٣٩/٢، وأبو عوانة ٢٢٢/٣، والترمذي ٦٢٩/٣ عن ابن عمر.

(٤) في (أ): ما روى فيه عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - اشتراط اليسار.

مسألة: في إعتاق الرجل نصيبه من الصغير

قال: ولو كان عبد صغير بين رجلين، فأعتق أحدهما نصيبه، ولم يعتق الآخر، وكان المعتق معسراً، انتظر بالعبد[١] بلوغه، ثُمَّ استسعي في نصف قيمته يوم أعتقه[٢].

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

وهذا قد مضى شرحه وبيانه، ولا فصل بين هذه المسألة وبين التي قبلها، إلاَّ أن في هذه المسألة: إن كان المعتق معسراً، انتُظر بلوغ الصبي؛ للاستسعاء؛ لأنَّه لا يحكم عليه ما لم يبلغ، وتُقوَّم قيمته يوم عتق؛ لأنَّه استهلك يومئذ، فهو بمنـــزلة من يغصب شيئاً، ثُمَّ يستهلكه، أنَّه يضمن قيمته يوم استهلكه وغصبه.

مسألة: في ملك الشقص من الرحم المحرم

قال: وكذلك إن ملك شقصاً من ذي رحم محرم، عتق المملوك.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

وقد مضى في باب الإماء من كتاب النكاح الكلام في عتق من يملكه ذو رحم محرم، ونعيد طرفاً منه، وقول أبي حنيفة وأصحابه فيه[٥] مثل قولنا، قال الشافعي: لا يعتق إلاَّ آباؤه، وأمهاته، وأولاده.

وحجتنا الأخبار الواردة في هذا الباب، منها:

ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من ملك ذا رحم محرم، فهو حر»[٦].

وروى أبو الحسن الكرخي بإسناده، عن ابن عباس، قال: جاء رجل إلى النبي

---

(١) في (ب): انتظرنا بالعبد.

(٢) في (ب): عتق.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/٤٣٦.

(٤) انظر: الأحكام: ١/ ٣٩٦، ٢/ ٤٤١.

(٥) سقط من (ب): فيه.

(٦) مسند الإمام زيد كتاب البيوع باب من ملك ذا رحم محرم.

- صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: يا رسول الله، إني دخلت السوق، فوجدت أخي يباع، فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه، فقال: «فإن الله تعالى قد أعتقه».

وروى الطحاوي فيه أحاديث كثيرة، منها عن ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من ملك ذا رحم محرم، فهو حر»(١).

وعن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من ملك(٢) ذا رحم محرم فهو حرٌ»(٣).

فإن قيل(٤): فسمرة يروي مرة ذا رحم فقط، ومرة ذا رحم محرم(٥).

قيل له: يحتمل أن تكون روايته ذا رحم محرم. كما رواه علي، وابن عمر، لكنه اقتصر مرة على أحد اللفظين، ومرة على الأخرى تعويلاً على أن المقصد فيه معلوم، ورواه أيضاً موقوفاً عن ابن عمر، وابن مسعود، وحكي عن بعض الناس أن من ملك أباه لم /١٦/ يعتق عليه حتى يعتقه، تعلقاً بحديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يجزي ولد عن والده، إلاَّ أن يجده مملوكاً فيشتريه، فيعتقه».، وهذا معناه(٦)، فيعتقه بالشراء، لدلالة سائر ما رويناه.

ونقيس مع الشافعي على الولد والأبوين بعلة أن بينهما رحماً محرماً، أو بأن التناكح بينهما محرم من أجل النسب، ونقيس الأخ على الجد بعلة أنَّه عصبة يدلي بالأب، وليس لهم أن يعتبروا الشهادة، لأنا نقبل شهادة الابن لأبيه، وشهادة الأب لابنه، فإذا ثبت ذلك، وثبت ما قلناه(٧) من قبل: إن العتق لا يتبعض، ثبت أن من ملك شقصاً من ذي رحم محرم، عتق الجميع عليه.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ١٠٩.

(٢) في (ب): ما آمن من ملك.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٠٩/٣.

(٤) في (ب): فإن قيل.

(٥) في (أ): محرم فقط.

(٦) في (ب): فمعناه.

(٧) في (ب): ما بيناه.

مسألة: في اعتبار العلم في الضمان

قال: وإن اشتراه وهو يعلم أنّه يعتق إذا ملكه، ضمن لشريكه ما له فيه، وإن لم يعلم، استسعى العبد فيه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

أما القول في التضمين على حسب اليسار والإعسار، فقد مضى، وهذه أيضاً يجب أن تجري على ما مضى فيمن أعتق نصيبه من مملوك بينه وبين غيره؛ لأنهما جميعاً معتقان، أحدهما بالقول، والآخر بالشراء، ولا فصل بينهما، فأما اعتبار العلم في هذا الباب، فهو مما يضعف جداً على ما بيناه في كتاب الشفعة، وهذه المسألة أبين ضعفاً؛ لأنّه ضمن ما ضمن لاستهلاك مال الغير، ومن استهلك مال غيره، فلا فصل في باب الضمان بين أن يستهلكه عالماً، أو جاهلاً، فكذلك في هذا الموضع.

فأما وجه اعتبار العلم في هذا، فهو أن يقال: إن هذا الباب قد خص من سائر الاستهلاكات بأن وضع ضمانه على المستهلك الجاهل، وينقل إلى العبد؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «رفع[٢] عن أمتي الخطأ، والنسيان». وهذه المسألة جرت في كتاب النكاح من كتاب (الأحكام)[٣] فاعتبر فيها العلم، وذكرها في (كتاب العتق، فلم يعتبر العلم، والصحيح هو ما في كتاب العتق، ولعله رجع عما قال في)[٤] كتاب النكاح، ونص فيه الإعسار واليسار على ما سلف القول فيه.

فصل: في صفة الملك الموجب لضمان نصيب الشريك في الرحم.

وهذا إن ملكه بالشراء، أو بأن وُهب له، فقبله؛ لأن الاستهلاك وقع بفعله، فإن اشترياه معاً، أو وهب منهما فقبلاه معاً، أو غنماه معاً - أعني ذا الرحم وشريكه -

---

(١) انظر: الأحكام: ١/٣٩٦.

(٢) في (أ): وضع.

(٣) انظر: الأحكام: ١/ ٣٩٦.

(٤) ما بين القوسين سقط من (أ).

فعند أبي حنيفة لا يضمن، ويستسعى العبد في حصة شريكه، وهذا قياس قول يحيى - عليه السلام - حين يقول: إن كان أحد الشريكين أذن لصاحبه في أن يعتق نصيب نفسه، سقط عنه الضمان، واستسعى العبد في نصيب الآذن[1]، وذلك أنهما إذا اجتمعا على الشراء، أو القبول، أو الاغتنام، فكأن كل واحد منهما راضٍ /١٧/ بفعل صاحبه، آذنٌ له فيه. قال أبو يوسف، ومحمد: يضمن وإن كان شراؤهما وقبولهما معاً.

فأمّا إن ملكه بالإرث، فلا يضمن نصيب شريكه، لا خلاف فيه، وذلك أنّه لا فعل له في استهلاك نصيب شريكه، فوجب ألا يضمن، وإذا وهب شقصاً منه من صبي لم يبلغ، وهو مُعدِم، وقبِله له وليّه، فإنه يعتق عليه، ولا ضرر يلحقه، وإن كان مؤسراً، لم يقبله؛ لأنّه يُدخل غرامة الضمان عليه، وفي ذلك إتلاف ماله بلا عوض، وليس ذلك لولي الصغير، إلاّ أن يرى صلاحه في ذلك.

مسألة: في عتق المجهول

ولو أنّه قال: أحد مماليكي حرٌ، وله ثلاثة مماليك، ثُمَّ مات ولم يبين الحر منهم، عتقوا كلهم، ولزم كلَّ واحد منهم أن يسعى لورثته في ثلثي قيمته.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

وقال الشافعي: يقرع بينهم لتعيين[3] الحر منهم بالقرعة.

أما عتق المجهول، فجائز لا أحفظ فيه خلافاً، وذلك أنّه يجوز أن يعلق على الأخطار على ما بينا القول فيه في التدبير وما جرى مجراه، وليست الجهالة أعظم من تعلقه[4] على الأخطار، على أن في تعلقه على الخطر ضرباً من الجهالة، فيمكن أن يقاس عليه غيره من الجهالات، ويجوز أن تثبت في الذمة رقبة مجهولة، كما تثبت في

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٦.

(٢) انظر: المنتخب: ١٦٩.

(٣) في (ب): ليعتبر. وظنن على ما أثبتناه.

(٤) في (ب): تعليقه.

الظهار، والقتل، والنذر، ويجوز أن يعتقَ كلَّ مملوكٍ له، وإن لم يعلم[(١)] أعيانهم، ولا عددهم، على أنَّه يجوز في البيع قريب منه، وهو أن يبيع قفيزاً من صُبْرة من بر، فالبيع صحيح، وعلى البائع تعيينه، فإذا صح ذلك، ومات المولى قبل أن يُبَيِّن، استحق كل واحد منهم ثلث الحرية؛ لأنَّه يثبت له الحرية في حال، ويثبت عليه الرق في حالين؛ ألا ترى أنَّه إن كان هو المراد، فهو حرٌّ، وإن كان المراد أحد صاحبيه، فهو عبد، وكذلك إن كان المراد، صاحبَه الآخر، فهو عبد؟ فهو حر في حالة، وعبد في حالتين، فوجب أن يثبت لكل واحد ثلث الحرية، وكذلك القول في صاحبيه. وقد ثبت اعتبار الأحوال بما روي عن جرير بن عبد الله أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – بعث سرية إلى خَثعم، فاعتصم ناس منهم بالسجود، فأشرع[(٢)] فيهم القتل، فبلغ ذلك النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فأمر لهم بنصف العَقْل، وذلك أنَّه لما احتمل أن يكون سجودهم لإظهار الإسلام، وقبول ما دُعوا إليه، واحتمل أن يكون ذلك منهم تفادياً من القتل، وعلى ما يفعله أهل الشرك[(٣)] بعظمائهم، وداهم، وأسقط النصف لَمَّا استحقوا الدية في حال، ولم /١٨/ يستحقوها في حال. وثبت عن علي – عليه السلام – أنَّه راعى في الغرقى الأحوال لَمَّا جاز في كل واحد منهم أن يكون مات قبل صاحبه، وجاز أن يكون مات بعد صاحبه، ولهذا قلنا في خنثى لبسة: إن له نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى؛ لأنَّه يحتمل أن يكون أنثى، ويحتمل أن يكون ذكراً. وأيضاً قد ثبت في الأعيان – كالدار، والدابة – أن ثلاثة إذا[(٤)] استووا في ادعاء شيء منها، وجب أن يقسم بينهم أثلاثاً، وكذلك الحرية، فإنها[(٥)] وإن كانت حكماً، فهي[(٦)] في هذا الباب بمعنى[(٧)] العين.

---

(١) في (أ): تعلم.

(٢) في (أ): فأسرع.

(٣) في (أ): يفعله الشرك.

(٤) في (ب): لو.

(٥) في (ب): فهي.

(٦) في (أ): فهو.

(٧) في (أ): هذا بمعنى.

فأما القرعة، فإنها لا تميز بين الحر والعبد، وهي من جنس القمار في هذا الباب، وإنما يجوز استعمالها في تطييب النفوس، وما جرى مجرى ذلك من إزالة التهم، وعلى هذا لو استعملها في القسمة، لا أنها تفرق بين الحق والباطل، وعلى هذا ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أقرع بين نسائه لما أراد أن يسافر بواحدة منهن، وذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كان له أن يُخرج من شاء منهن، ففعل ذلك تطييباً لأنفسهن، وعلى هذا يحمل قول الله - عز وجل -: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾(آل عمران:٤٤)، إن ذلك كان على وجه تطييب النفوس، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ (الصافات:١٤١) يحتمل أن يكون ساهم لتطييب نفوس القوم، وأما إلقاؤه نفسه في البحر، فلا يجوز إلاَّ بأمر الله - عز وجل- إذ لا خلاف أن مثل تلك الحالة إن عرضت في مثل هذا الزمان، لم يحل[1] لأحد أن يلقي نفسه في البحر بالقرعة، بل لا يحل تعريض النفس للتلف إلاَّ بإذن شرعي، فالنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أولى ألا يفعل ذلك إلاَّ بأمر الله تعالى.

وأما ما روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أقرع بين ستة أعبد، وأعتق اثنين[2]. فليس في الحديث كيف كان أمر القرعة، ويحتمل أن يكون معنى أقرع بينهم، ضرب بينهم السهام؛ لأن القَرْع هو الضرب، ومنه اسم المِقْرَعة، وقوله: أعتق اثنين، المراد به الثلث من الستة[3]، فعبر عنه بالاثنين، فإذا احتمل ذلك، لم يكن حمله على مذهبهم بأولى[4] من حمله على مذهبنا، بل حمله على ما ذهبنا إليه أولى؛ للأدلة التي ذكرناها ونذكرها، على أن القرعة لو جاز أن نحكم بها في العتاق، لجاز أن نحكم بها في الطلاق، كما حكي ذلك عن أبي ثور، وحكي عنهم أنهم أجازوا إدخال القرعة في

---

(١) في (أ): يحمل.

(٢) أخرجه أبو عوانة ٤٨٧/٣، والترمذي ٦٤٥/٣، والبيهقي ٢٦٦/٦، والنسائي ١٨٧/٣، والطبراني في الأوسط ٢٣٥/١، عن عمران بن الحصين.

(٣) في (ب): من ستة.

(٤) في (ب): أولى.

البينات، كأن يشهد شاهدان أن رجلاً طلق امرأته زينب في حال مات /١٩/ عقيبها، وشهد شاهدان آخران أنَّه بعينه في تلك الحال طلق امرأته هنداً، وعلى هذا يلزمهم إدخال القرعة في جميع الأحكام الملتبسة حتى يخرجوا عن دين الإسلام، فإذا بطلت القرعة، وثبت ما قلناه، وجب أن يسعى كل واحد منهم في ثلثي قيمته؛ لأنَّه استحق ثلث الحرية، وحصل الثلثان على وجه السراية، فوجبت السعاية بما ذكرناه، على أن كل من أبى القرعة، قال فيه بالسعاية، وقد بطلت القرعة، فوجبت السعاية.

قال: فإن لم يمت السيد، كان مخيراً في عتق أيهم شاء.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

ووجهه: أن كل من أوجب حقاً في ماله غيرَ معين، فالتعيين إليه، مثل أن يقول: نصف ما في هذا الكيس من العين صدقة، أو ثلثه، أو جزء منه، فعليه التعيين، وكذلك من اشترى شيئاً بألف، فعليه تعيين الألف من ماله، وكذلك من استلف[2] فيما يكال، أو فيما يوزن، أو في الثياب، فإليه التعيين في ذلك، وكذلك قال أصحابنا فيمن له حق على رجل فتعذر عليه استيفاؤه: إنَّه ليس له أخذ ذلك من ماله إذا ظفر به؛ لأن له الخيار في تعيين ذلك، (فليس لمن له الحق أن يفتات عليه ذلك الخيار الذي هو إليه، وهكذا من وجب في ماله حق من عشر، أو زكاة، أو خمس، من غير إيجابه، فإليه الخيار في تعيين ذلك)[3]، وكذلك زكاة الشاء والبقر، فلما ثبتت هذه الأصول، وأوقع هو العتق في غير معين من ماله، كان خيار التعيين إليه، ويدل على ذلك أنَّه من باع قفيزاً من صبرة من بر، كان تعيين القفيز إليه، فكذلك[4] تعيين العتق الذي ذكرنا.

---

(١) انظر: المنتخب: ١٦٩.

(٢) في (أ): استسلف.

(٣) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٤) في (ب): فكذلك العتق.

مسألة: في وصية الرجل لمملوكه

قال: وإن أوصى بثلثه لقوم بأعيانهم، وجعل مملوكه كأحدهم في الوصية، أو أوصى بثلثه أو دون ذلك لمملوكه، عتق المملوك، وسقط من قيمته ما يخصه من الوصية[١]، ولزمه السعي في باقيها للورثة، فإن كان ما يخصه يستغرق قيمته، فلا سعاية عليه، وعلى هذا إن زادت الوصية على قيمته، عتق هو، ولا شيء عليه، ودفعت الزيادة إليه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

ووجهه: أنَّه لما أوصى بثلث ماله، أو بشيء من ثلث ماله، له[٣] منفرداً، أو مع جماعة بأعيانهم، استحق هو من رقبته بمقدار ذلك، وملكه، فعتق؛ لأنَّه لا يجوز أن يملك نفسه، بل ملك نفسه يوجب عتقه، إذ لا يجوز أن ينتقل إليه الرق الذي يملكه المولى؛ لأنَّه لو انتقل إليه، لقام فيه مقامه، فثبت أن تمليكه إياه نفسه إنَّما هو عتقه، فله ثلاثة أحوال:

إما أن يكون الذي وقعت فيه[٤] الوصية له به مثل قيمته سواء، فإنه يعتق كفافاً لا شيء عليه، ولا شيء له سوى عتقه.

أو تكون قيمته زائدة /٢٠/ على ما رجعت[٥] الوصية به إليه، فإنه يعتق سائره بعتق بعضه، ووقع العتق في ملك الورثة؛ لأن ما زاد من قيمته على قدر الثلث، كان ملكاً للورثة، وكان المالك بالموت قد بطلت ذمته، فصار بمنـــزلة من لا مال له، فلزمه أن يسعى للورثة بمقدار ما زاد من قيمته على الموصى له به بمنـــزلة[٦] الشريك الفقير يعتق نصيبه، فيجب على العبد أن يسعى للشريك الذي لم يعتق بقيمة نصيبه على ما مضى القول فيه.

---

(١) في (ب): ما يخصه بالوصية.

(٢) انظر: المنتخب: ٣٨٤.

(٣) سقط: له من (ب)، وظنن عليها في الهامش.

(٤) سقط من (ب): فيه.

(٥) في (ب): وقعت.

(٦) في نسخة: له بمنـــزلة.

أو تكون قيمته دون ما وقعت الوصية له به فيعتق، ويذهب مقدار قيمته من الوصية، ويستحق ما فضل عن ذلك يُدفع إليه لتكون الوصية قد وصلت إليه كملاً، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وعلى هذا إن ظهر على الميت دين يحيط بجميع ماله، بطلت الوصية، وبقي العبد مملوكاً، ويباع، ولا شيء له في الدين، وكذلك إن لم يقبل العبد الوصية، بطلت الوصية، وبقي هو عبداً.

قال: وإن أوصى لأقوام لا بأعيانهم، وجعل مملوكه كأحدهم في الوصية، لم يعتق.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وذلك كأن يجعل ثلثه للفقراء، وقال: اجعلوا مملوكي كأحدهم، لا يعتق؛ لأنَّه لا يستحق من رقبته شيئاً معلوماً، ويجب أن تبطل الوصية أيضاً؛ لأنَّه لم يسم شيئاً معلوماً، ولا يجوز أن يأخذ بالفقر.

مسألة: في قول الرجل لعبيده أثلاثكم أحرار

قال: ولو أن رجلاً قال لعبيده: أثلاثكم أحرارٌ، ولا مال له غيرهم، عتقوا، وسعوا له في ثلثي قيمتهم.

هذا على رواية (المنتخب)[٢] في منع الإنسان في الهبة والقربة مجاوزة الثلث من ماله على ما ذكر، قال بذلك[٣] في صحته، أو في مرضه، فأما على رواية (الأحكام)[٤] - وهو الصَّحيح الذي نأخذ به، ونعمل عليه - فللصحيح أن يعمل في ماله ما شاء، فهذا يكون على ما قال المريض إذا قاله في مرضه الذي مات فيه، وقد نص على ذلك في (الأحكام)[٥] لأنَّه قال فيه: إذا قال ذلك في مرضه وإدنافه، ثم حصل السعي فيه للورثة.

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٤٨.

(٢) انظر: المنتخب: ٣٣٨.

(٣) في (ب): ذلك.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/٤٢٥.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٠.

ووجهه: أن ذلك إذا قال في حال مرضه، كان كالوصية، والوصية لا تصح إلاَّ في الثلث، فكأنه أوصى بعتقهم ولا مال له سواهم، فإنهم يعتقون، ويسعون في ثلثي قيمتهم، كل واحد منهم في ثلثي قيمته، ولا فصل عنده بين أن يقول: أثلاثكم أحرار، أو أن يقول: أنتم أحرار، على ما مضى من أن العتق لا يتبعض، وأن عتق بعض العبد يوجب عتق جميعه.

قال: وإن كانت قيمتهم ثلث ماله، أو دونه، عتقوا، ولا سعاية عليهم[1]، وذلك أن عتقهم إلى الثلث جائزٌ على الأحوال كلها، والرواية جميعها، لا خلاف في ذلك.

مسألة: في أم ولد الذمي تسلم أو أمته

قال: وإذا أسلمت أم ولد الذمي /٢١/ سعت له في قيمتها، و لم ترد إليه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: ما لا خلاف فيه بين المسلمين من أن الذمي لا يجوز أن يملك المسلم، وإن اختلفوا في تفاصيل ذلك، فإذا لم يجز للذمي إمساكها بعد إسلامها، وكان لا يجوز بيعها عليه، وجب أن تسعى في قيمة نفسها كالمكاتب، لتخرج بأداء قيمتها من رقه.

قال: فإن أسلمت أمته، حكم عليه ببيعها من المسلمين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

وهذا لا خلاف فيه؛ إذ لا خلاف أنَّه لا يجوز له إمساك المسلمة على سبيل الرق، فإذا لم يكن ذلك، حكم عليه ببيعها[4] من المسلمين؛ لأن بيعه من المسلمين جائز، لا خلاف فيه.

قوله: حكم عليه ببيعه من المسلمين تنبيه على أنَّه لا يجوز بيعه من أهل الذمة، خلافاً لأبي حنيفة من أن بيعه من الذمي يجوز، ويمنع من إمساكه، ويؤخذ ببيعه، وقول

---

(١) انظر: الفنون ٤٤٩.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٤٤١.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٤٤١.
(٤) في (أ): ببيعه.

الشافعي: إنَّه لا يجوز، وأظن أنَّه أحد[1] قوليه.

والدليل على ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾(النساء: ١٤١)، ومن أعظم السبيل أن يتمكن[2] من تملك رقابهم، وامتهانهم بذلك، وروي عن النبي صلى عليه وآله وسلم أنَّه قال: «الإسلام يعلو، ولا يُعلى عليه». ومن العلو أن يتملك رقبته باختياره، ويتصرف في ذلك.

فإن قيل: أليس يملكه بالإرث، وبأن يسلم عنده، ويجوز التصرف فيه بالبيع؟

قيل له: تملكه بالإرث، وبأن يسلم عنده، لم يقع باختياره، ونحن نمنعه من استدامة الملك عليه، وتصرفه في البيع إنَّما هو لإزالة حكمه عنه، ورفع تملكه له، فلم يقع في شيء له علو عليه، وليس كذلك إذا[3] ملكه بالشراء؛ لأنَّه يبتدئ التملك له باختياره وفعله، فلم يتشابه الأمران، على أن ما ذكرتموه تخصيص، ونحن استدللنا بالظاهر، ولا خلاف أن الظاهر يجوز تخصيصه، ولا خلاف أنَّه يجبر على بيعه، فليس يخلو ذلك من أن يكون لمنع ملكه، أو لمنع تصرفه فيه بالاستخدام، ولا يجوز أن يكون لمنع تصرفه فيه بالاستخدام؛ لأنَّه لو استخدمه على سبيل الإجارة، لجاز، وكذلك لو استأجر الحر المسلم، لجاز، فثبت أن المنع إنَّما هو من التملك، فوجب أن نمنعه من التملك ابتداء.

فإن قيل: فهذا ينتقض بالإرث، وبإسلامه عنده.

قلنا[4]: نحن نعلل لما يصح المنع فيه، وذلك مما لا يصح منعه منه؛ لأنَّه لا يحصل بفعله واختياره، والإنسان إنَّما يمنع من فعله دون ما ليس بفعلٍ له، وتحرير القياس فيه أن نقول: لا يجوز أن نختار ابتداء تملكه لما فيه من الاعتلاء عليه، دليله /٢٢/ استدامة تملكه؛ لما فيه من الاعتلاء عليه، على أنا وجدنا الاستدامة للأحوال أخف من الابتداء فيها؛ لأنا وجدنا في الأصول ما يجوز الاستدامة له، ولا يجوز الابتداء به؛ ألا ترى أن

---

(١) في (ب): وأظنه أحد.
(٢) في (أ): السبيل يتمكن.
(٣) في (أ): كذلك وأن.
(٤) في (ب): قيل له.

المحرم له استدامة النكاح بالإجماع، وفي ابتدائه خلاف، ويجوز استدامة نكاح المعتدة بالإجماع، ولا يجوز ابتداء نكاحها بالإجماع، و لم نجد ما لا يجوز فيه الاستدامة، ويجوز الابتداء، وإن وجدنا ما لا يجوز ابتداؤه، ولا استدامته، كالنكاح مع الرضاع ونحوه؟

فإن قيل: إسلامه لا ينافي ملك الذمي له[١].

قيل له: ليس هذا موضع الخلاف، وموضع الخلاف ابتداء تملكه له على سبيل الاختيار، وعندنا أن إسلامه مانع منه.

مسألة: في مكاتبة وتدبير وعتق عبد واحد

قال: وإذا كان العبد بين ثلاثة أنفس، فكاتبه أحدهم، ثُمَّ دبره الآخر، ثُمَّ أعتقه الثالث، أو دبره الأول، أو أعتقه، بطل ما فعل الشريكان بعده ثانياً وثالثاً، وضمن الشريك الذي أعتق أولاً، أو دبر، أو كاتب، لشريكيه ما لهما في العبد.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

قد مضى الكلام فيمن أعتق نصيبه من عبد بينه وبين شريكه وما نختاره، وما فيه من الاختلاف، والفرق بين المؤسر والمعسر، فلا حاجة في[٣] إعادته.

وأما إذا دبر أحدهم نصيبه، فأبو حنيفة يذهب إلى أن لشريكه فيه خمسة خيارات: إن شاء، دبر هو أيضاً نصيبه، وإن شاء ضمَّن شريكه[٤] قيمة نصيبه، وإن شاء سعى له العبد في قيمة نصيبه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء تركه ليكون نصيبه مملوكاً كما كان. قال أبو يوسف، ومحمد: يصير مدبراً لمن دبره، ويضمن هو لشريكه قيمة نصيبه، مؤسراً كان، أو معسراً، وهو ما نذهب إليه؛ لأنَّه إذا صار مدبراً، لم يجز فيه تصرف شريكه، ولم يفصل يحيى - عليه السلام - فيه بين الإعسار واليسار،

---

(١) سقط من (أ): له.

(٢) انظر: المنتخب: ١٦٨.

(٣) في (أ): إلى.

(٤) في (أ): ضمن لشريكه.

ونكتة الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن التدبير عند أبي حنيفة يتبعض كما يتبعض العتق، وعندنا لا يتبعض كما لا يتبعض العتق، نص عليه، وبه قال أبو يوسف ومحمد.

ووجهه: أنه قد ثبت بما بيناه أن العتق لا يتبعض، والقول بتبعيض التدبير يؤدي إلى تبعيض العتق؛ لأنا لو جوزنا تبعيض التدبير، ومات المُدِّبر، وجب أن يكون العبد يعتق منه بمقدار نصيب المدبر، فكان تبعيض العتق، وفي فساد ذلك فساد القول بتبعيض التدبير، وإذا ثبت ذلك، ثبت أن العبد كله قد صار مدبراً لمن /٢٣/ دبره، وانتقل إلى[1] نصيب شريكه باستهلاكه إياه، فلزمه الضمان - معسراً كان، أو موسراً - لأن العبد في ملكه بعد، ولم يحصل في يد نفسه، فلم يجب تضمينه السعاية؛ لإعسار المدبر، واستوت حالتا إعساره ويساره، وبطل عتق شريكه، أو مكاتبته[2]؛ لأنَّه أعتق، أو كاتب، والعبد منتقل نصيبه إلى شريكه على ما بيناه.

فأما إذا كاتب بعض الشركاء، فعند أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد: أن لشركائه فسخ كتابته ما لم يقع الأداء، والذي يقتضيه مذهبنا أن لهم ذلك ما لم يقع شيء من الأداء، (وذلك أنَّه إذا لم يقع شيء من الأداء، فالعبد كما كان، وللشريك فسخه؛ لأنَّه يؤدي إلى إبطال حقه من التصرف فيه، فأما إذا وقع شيء من الأداء)[3]، فإنه عندنا يصير بمنـــزلة الحر في ذلك القدر، فلا سبيل إلى فسخ الكتابة عنه، ما لم يُجز المكاتب ذلك، ولا يجوز تبعيض الكتابة، كما لا يجوز تبعيض التدبير؛ لأنَّه يؤدي إلى تبعيض العتق، وقد ثبت فساده، فوجب أن يضمن هو حصص الشركاء، وأن تنتقل الحصص إليه كما بيناه في التدبير، ويجب أن يستوي فيه إعسار المكاتب وإيساره على ما سلف القول؛ ولأنه مستهلك لحصصهم، والعبد لم يعتق بعد، فلا وجه للسعاية.

---

(١) في (ب): إليه.

(٢) في (أ): ومكاتبته.

(٣) ما بين القوسين سقط من (ب).

باب القول في التدبير

مسألة: في بيع المدبر

إذا قال الرجل لمملوكه أنت حر بعدي، كان مدبراً يعتق إذا مات الرجل من ثلث ماله، وليس له أن[1] يبيعه في حياته إلاَّ من ضرورة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

لا[3] خلاف أنَّه يعتق بعد موته، وأنه يعتق من الثلث، واختلف الناس في بيعه في حياة المدبر، قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز بيعه على وجه، وبه قال الناصر، وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن رجلاً أتى علياً فقال: إني جعلت عبدي حراً إن حدث بي حدث[4]، أفلي أن أبيعه؟ قال: لا[5]. ومعناه عندنا إذا لم يكن هناك حال ضرورة، وحكى عن مالك، قال: لا يباع إلاَّ في الدين، ويشبه أن يكون قوله مثل قولنا، ولما روي عن جابر، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن رجلاً دبَّر غلاماً له لا مال له غيره، وروي وعليه /٢٤/ دين، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من يشتريه»؟ فاشتراه نعيم النحام، وفي بعض الأخبار: «إذا احتاج أحدكم، فليبدأ بنفسه». وروي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - باع[6] مدبراً في دين الذي دبره، فإذا ثبتت هذه الأخبار، فلنا: طريقان:

أحدهما: ما بيناه مشروحاً في كتاب البيوع، وهو أن التدبير حق غير مستقر قبل الموت، فكانت حال التدبير قبل الموت حال الوصية بعد[7] الموت، وأيضاً التدبير

---

(١) في (أ): وليس أن.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٥.
(٣) في (أ): ولا.
(٤) في (ب): حراً بعد عيني إن حدث.
(٥) مسند الإمام زيد كتاب البيوع، باب بيع المدبر وأمهات الأولاد.
(٦) في (أ): أنه قال: باع.
(٧) ظنن في (ب) على: قبل.

يوجب عتقاً من جهة القول، وسرى إلى الولد، فوجب ألا يجوز بيعه إلاَّ لعجز ما، دليله المكاتب، لَمَّا كان عتقه من جهة القول، وكان يسري إلى الولد، لم يرق[1] إلاَّ لعجز ما.

فإن قيل: التدبير لا يسري إلى الولد في أحد قولي الشافعي.

قيل له: أما في أحد قوليه، فإنه يسري، ونحن ندل على صحة ذلك، فنسقط قوله الآخر، فالدليل عليه ما روي عن ابن عباس، وابن عمر، وجابر بن عبد الله، وعثمان، أن ولد المدبرة بمنـــزلة أمه، و لم يُروَ خلاف ذلك عن أحد من الصحابة، فجرى مجرى الإجماع منهم، فوجب ما قلناه، وأيضاً هو عتق يحصل مع زوال ملك[2] المعتق عنه بموته بسبب أوجبه في حياته، فأشبه المكاتب.

والطريق الثاني: أن نقول: إن الدلالة قد دلت على أن المدبر لا يجوز بيعه من جهة الأثر، والنظر، ثُمَّ ثبت أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر ببيع المدبَّر لدين كان على المدبِّر، وروي أن رجلاً دبر عبداً لا مال له سواه، فأمر رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ببيعه، فخصصنا بالأثر، وعدلنا في[3] تلك الحال وهي حال الضرورة عن القياس.

فإن قيل: ما ذلك الأثر؟ وما ذلك النظر؟

قيل له: أما الأثر، ما رواه أبو بكر الجصاص بإسناده، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المدبر لا يباع، ولا يُشترى، وهو حرٌ من الثلث». فنفى عمومه بيع المدبر في جميع الأحوال.

وما رويناه عن علي - عليه السلام - من طريق زيد أنَّه سأله رجل، فقال: إني جعلت عبدي حراً إن حدث بي حدث، أفلي أن أبيعه؟ قال: لا. وقوله عندنا حجة.

---

(١) في (ب): لم يعتق. وظنن على ما أثبتنا.

(٢) سقط من (ب): ملك. وظنن عليها في الهامش.

(٣) في (ب): عن. وظنن على: في.

وأما النظر، فهو أن عتقه يجب بموت مولاه على الإطلاق، فأشبه أم الولد في أنَّه لا يجوز بيعها، وأيضاً قد ثبت أن عتقه ليس يجري مجرى العتق بصفة، وذلك أن من قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حرٌّ، فدخل العبد الدار مع موت السيد، لم يعتق؛ لأن حصول الشرط صادف زوال ملك المعتق، فلو كان التدبير يجري /٢٥/ هذا المجرى، كان يجب ألا يعتق بموته؛ لأن الشرط وهو الموت يكون مصادفاً زوال ملكه، وكان يجب أن يكون بمنـــزلة أن يقول: إذا بعتك، فأنت حر، فلا يعتق؛ لأن حصول الشرط صادف زوال الملك، فثبت أنَّه عتق مستحق قبل الموت، كعتق أم الولد، وأنه لا يجري مجرى العتق على الصفة، وكعتق المكاتب على ما مضى القول فيه.

فأما عتقه من الثلث، فقد قلنا: إنَّه لا خلاف فيه، وروينا النص فيه عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - الذي رواه أبو بكر، وقال الكرخي: إنَّه من الثلث مروي عن علي - عليه السلام - وعتق ولد المدبرة حكى أبو الحسن الكرخي أنَّه مروي عن ابن مسعود، وعن شريح، وعن مسروق، وعطاء، وطاووس، ومجاهد، وابن جبير، والحسن، وقتادة.

مسألة: في مكاتبة المدبر، وعتقه في الكفارة

قال: وإن كانت مملوكة[1]، جاز له وطؤها، وله أن يكاتبه، ويعتقه في كفارة اليمين، وفي الظهار.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

وكل ذلك لأن ملكه باق عليه، وأنه لم يخرج إلى العتق، فجاز الوطء، وصحةُ المكاتبة؛ لأنَّه يتوصل بها إلى تحصيل العتق، وكذلك العتق في الكفارات، ولست أحفظ في شيء من ذلك خلافاً، وكذلك يجوز استخدامه، والأذن له في التجارة، ثُمَّ الحجر عليه، وتجوز إجارته، وإنكاحه، ويجوز فيه كل ما يجوز في العبد إلاَّ البيع، فإنه على ما بيناه، وكذلك الرهن، والهبة، وأن يجعل مهراً.

---

(١) في (ب): جارية.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٥.

مسألة: في الفرق بين الصحة والمرض في التدبير

قال: ولا فرق بين أن يدبره في صحته، أو مرضه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

قلنا ذلك؛ لأنَّه يخرج من الثلث، فاستوى فيه حال الصحة والمرض؛ لأن ما يكون عتقه على جميع الأحوال من جميع المال، كالمكاتب، وأم الولد، أو يكون[2] عتقه على جميع الأحوال من الثلث، فلا فرق بين أن يقع الموجب لعتقه في الصحة والمرض.

مسألة: في بيع المدبر الفاسق

قال: فلو أن رجلاً دبر عبده، ثُمَّ فسق العبد، كان له أن يرده في الرق، ويبيعه، ووجب عليه أن يشتري بثمنه رقبة مؤمنة يدبرها، فإن تاب العبد بعدما رد في الرق، واشتُري بثمنه غيره، لم يكن مدبراً، وكان تدبير الثاني ماضياً.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

معنى قوله: يجوز أن يرده في الرق، ويبيعه: أنَّه يجوز له بيعه، لا أنَّه يرده في الرق بالقول، ثُمَّ يبيعه، بأن يكون البيع هو الرد في الرق؛ لأن أضعف حاله أن يكون عتقاً على صفة، ولا يجوز الرجوع منه بالقول.

ووجهه: أن مذهبه أنَّه لا قربة في عتق الفاسق على وجه من الوجوه، والغرض في العتق، وفي إمضاء ما يجوز إمضاؤه، هو القربة، فإذا فسق العبد، صار مولاه عاجزاً عن التقرب به؛ إذ لا يصح ذلك فيه /٢٦/، ويحصل أيضاً مضطراً إلى أن يكون متقرباً به، فيحصل معنى الضرورة، فيجوز له بيعه على ما سلف القول فيه.

فأما صرف ثمنه في آخر، وتدبيره مكانه، فهو على وجهين:

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/٤٣٥.

(٢) في (أ): أن يكون.

(٣) انظر: المنتخب: ١٦٧.

إن كان نذراً قد لزمه، فهو واجب، وصرف الثمن استحباب؛ لأن له أن يشتري الثاني بغير ذلك الثمن.

ووجه[١] الاستحباب: أنَّه مال جعله قربة، فيستحب له المضي فيه.

وإن لم يكن نذراً، فالتدبير استحباب؛ لأنه في معنى من وعد، فيستحب له الوفاء، والمسألة في الجملة ضعيفة؛ لأنه ليس يظهر أنه لا قربة في عتق الفاسق كل الظهور، ولو صح ذلك أيضاً، فوقوع التدبير على وجه القربة لا يغيره فسق العبد بعده.

وقوله: إن تاب لم يعد في التدبير، أراد بعد البيع؛ لأنَّه قبل البيع لا يخرج من التدبير، وإنما يخرج منه بالبيع.

مسألة: في بيع من علق عتقه على وقت معين

قال: ولو أن رجلاً قال لعبده: إذا جاء فلان من سفره، أو إذا كان رأس السنة، أو غير ذلك مما أشبهه، فأنت حر، كان حراً إذا كان ذلك، وحكمه في أنَّه لا يجوز بيعه قبل ذلك الوقت إلاَّ من ضرورة حكم المدبر، فإن باعه قبل حصول الشرط بيسير، أو كثير، جاز بيعه، و لم يلزمه عتقه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

قوله: إن حكمه في أنَّه لا يجوز بيعه إلاَّ من ضرورة حكم المدبر، الكراهة لبيعه، واستحباب تركه إلى حصول الشرط، فأما الإيجاب، فلا معنى له، وهو خلاف إجماع المسلمين؛ ولأن حكم العتق لم يستقر فيه، بدلالة أنَّه لا خلاف في أنَّه لا يسري إلى الولد، فإن[٣] سيده لو مات[٤] قبل الشرط بيسير أو كثير، جاز بيعه، يدل على أن البيع يثبت مع الكراهة، وفي أصحابنا من أظنه يحمل هذا على ظاهره، وهو بعيد جداً؛ لما فيه من مخالفة الإجماع؛ ولأن العتق لم يصر مستحقاً له بقوله قبل الشرط، كما يستحقه المدبر على ما بيناه.

---

(١) في (أ): ووجهه.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٣.

(٣) في (ب): وأن.

(٤) ظنن في (ب) على: باعه.

مسألة: في عتق العبد على خدمة سنين محددة

قال: ولو أن رجلاً قال لمملوكه: اخدم أولادي عشر سنين، فإذا مضت هذه السنون، فأنت حر، وجب عليه أن يخدمهم حيث شاؤوا، فإن وهب له بعض الإخوة خدمته، خدم الباقين وحاصهم في كل سنة، فإذا كان بعد عشر سنين، عتق.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

وذلك أنَّه أعتقه بعد عشر سنين، فلا يقع العتق قبل ذلك، كأن يقول له: إذا كان نصف الشهر، أو نحوه، فأنت حر، فإن العتق لا يقع قبل ذلك الوقت، والخدمة واجبة للأولاد؛ لأنَّه قد جعل خدمته لهم، فهو جائز، بمنـــزلة العارية، وبعض الأولاد إن ترك نصيبه، لم يستحقه[2] الباقون، ولم يكن لهم إلاَّ حصصهم، كما كان في الأصل، كمن وهب شيئاً لرجلين، فقبل أحدهما، ولم يقبل الثاني، أن الذي /٢٧/ يقبل لا يستحق إلاَّ نصيبه دون نصيب صاحبه، فكذلك ما قلناه.

مسألة: في عتقه على خدمة وقت غير محدد

قال: ولو أنَّه قال لعبده: إذا خدمت أولادي أياماً كثيرة، فأنت حر، صار حراً إذا مضت سنة واحدة.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

وقد قيل في ذلك أسبوع، وقيل عشرة أيام، وقد ذهب عليّ أسامي قائليه من أبي حنيفة وأصحابه.

ووجه ما ذهب إليه يحيى - عليه السلام -: أن الأيام الكثيرة احتمل أيام السنة، واحتمل ما دون ذلك، فلم يكن العتق إلاَّ مع اليقين؛ لأن الرق المتيقن لا يرتفع إلاَّ بتيقن العتق، ولم يَرَ الدليل قام على دون ذلك، فجعله حراً؛ لأنَّه أكثر ما قيل فيه،

(١) انظر: الأحكام: ٤٣٧/٢.

(٢) في (ب): يستحقها.

(٣) انظر: المنتخب: ١٦٨.

وهو كما قال: إن الغيبة المنقطعة للولي ما زاد على مسيرة شهر؛ لأنَّه يقين أن ولايته لا حكم لها؛ لأن ذلك أكثر ما قيل فيه، ولا دليل على ما دونه، (تمت والله أعلم وأحكم بالصواب)[1].

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

باب القول في المكاتبة

مسألة: في حكم المكاتبة

يستحب مكاتبة من يطلب المكاتبة من المماليك إن عُلم فيه الخير، والخير هو التقوى، والدين، والوفاء، وذلك لقول الله – عز وجل-: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ..﴾ الآية (النور: ٣٣)، وحكي عن الظاهري أن ذلك واجب، تعلقاً بقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ..﴾؛ لأن ذلك أمر، والأمر يقتضي الإيجاب، ونبه يحيى – عليه السلام – على أنها ندب بقوله: (والكتابة أن يتراضى العبد والسيد)[١]، ولو كانت واجبة، لصح فيها الإجبار، و لم يعتبر فيها التراضي.

ووجه صرفه إلى الاستحباب: هو[٢] القياس على سائر المعاوضات؛ إذ ليس في شيء منها واجب، فخص[٣] ظاهر الإيجاب بقوله – عز وجل –: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ..﴾(النساء: ٢٩)، وقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه».

قال يحيى بن الحسين – عليه السلام – في قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ (النور: ٣٣): من جملة الخير الإيفاء لمن كاتب[٤]، والإيفاء لا يكون إلاَّ بأن يكون له كسب يرى أنَّه يتوصل به إلى الوفاء، فيجري ذلك مجرى الكسب، أو غير ذلك مما يغلب على الظن أنَّه يتوصل به إلى أداء مال الكتابة.

فصل: في الإيتاء للمكاتب والحط عنه

لم يذكر يحيى بن الحسين – عليه السلام – في الإيتاء نصاً، و لم يوجب على مولاه أن يحط شيئاً، أو يعطيه شيئاً، لا في كتاب المكاتب، ولا في كتاب الزكاة في تفسير

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٢.

(٢) في (ب): فهو.

(٣) في (ب): ويخص.

(٤) انظر: الأحكام : ٢/ ٤٣٢.

قوله - عز وجل -: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾(التوبة: ٦٠)، فبان أنّه /٢٨/ غير واجب عنده، خلافاً لما قال الشافعي، وقد نبه على ذلك عند ذكره مال الكتابة: (فإذا أدى ذلك، فقد صار حراً) [(١)]، فلم يوقع الحرية إلاَّ بأداء ما كوتب عليه، ولو كان الحط واجباً في شيء منه، لم يقل ذلك، ثُمَّ قال بعد ذلك: (فإن عجز عن شيء من كتابته، كان مردوداً في الرق)[(٢)]، وهذا نص في أنّه لا يجب حط شيء منه؛ لأن ذلك لو وجب، لم يصح أن يقول: إن عجز عن شيء منه، رُد في الرق. بل كان يجعل ذلك محطوطاً عنه، ويمضي عتقه، وما ذهبنا إليه به قال أبو حنيفة.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾(النساء ٢٩)، ومال الكتابة مال لسيد العبد، فلا يحل للعبد منه شيء[(٣)] إلاَّ برضاه، ويدل على ذلك قوله: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾(البقرة ١٨٨)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاَّ بطيبة من نفسه».

فإن قيل: فقد أوجبه الله - عز وجل - بقوله: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ (النور: ٣٣).

قيل له: المراد به عندنا هو أن يُعطَوا من مال الصدقات يستعينوا به على أداء الكتابة، وهو الذي ذكره الله تعالى في آية الصدقات حيث يقول: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ (النساء: ٦٠)، وما يتطوع به الإنسان عليه من الإعطاء، والدليل على صحة ما نذهب إليه هو أن المراد[(٤)] بالآية، أن الله - عز وجل- خاطبنا أجمعين بقوله: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾، فظاهره أنه خطاب لمن كاتب، ولمن لم يكاتِب، فدل أنه ندب للجميع.

فإن قيل: هو خطاب للموالي؛ لأنّه عطف به على قوله: ﴿فَكَاتِبُوهُم﴾.

---

(١) انظر: الأحكام : ٢/ ٤٣٢.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٢ - ٤٣٣.

(٣) في (ب): شيء منه.

(٤) في (أ): صحة أن ما نذهب إليه هو المراد. وظنن على ما أثبتناه.

قيل له: لا يجب حمل الخطاب بعضه على بعض إذا كان كل واحد منه يستقل بنفسه، بل يجب حمل كل واحد منه على عمومه، ويدل على ذلك قوله: ﴿مِن مَّالِ اللهِ﴾، والدنيا والآخرة كلها وإن كانت لله، فإطلاق مال الله متوجه على أموال القرب، فبان أن المراد به الصدقات - الفرض منها، والتطوع - ويدل عليه قوله تعالى:﴿وَآتُوهُم﴾، والإيتاء هو الإعطاء، والحط والإبراء لا يسمى إعطاءً، فبان أن المراد هو أن يدفع إليهم شيء من أموال القرب، ويدل عليه قوله: ﴿مِن مَّالِ اللهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾، وما في ذمة العبد بعدُ لم يؤتناه الله - عز وجل - لأنَّه لم يحصل في قبضنا، والإعطاء لا يكون في الحقيقة إلاَّ ما يصل إلى المعطي، ونحن نجوز أيضاً تلف العبد، وسقوط ذلك، فكيف يصح أن يكون ذلك من جملة ما أعطانا الله - عز وجل -؟ وأيضاً لو كان /٢٩/ الحط واجباً، لكان[1] الموجب له عقد الكتابة، وعقد الكتابة هو الموجب لجميعه، فكيف يجوز أن يكون عقد واحد يوجب شيئاً، ويسقطه بعينه؟

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه كان يستحب أن يحط عن المكاتب ربع الكتابة، ويتلو: ﴿وَآتُوهُم مِّنَّ مَالِ اللهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾(النور:٣٣)[2].

وفيه دليل على ما قلناه من وجهين: أحدهما: على أصلنا[3]، وهو أنَّه قوله[4]. والثاني: أنَّه لم يرو عن غيره من الصحابة خلافه، فجرى مجرى الإجماع، ولاسيما وقد روي عن عمر، وعثمان، والزبير، أنهم لم يكونوا يرون الحط واجباً.

مسألة: في كيفية المكاتبة

قال: والمكاتبة أن يتراضى السيد والعبد على شيء معروف يدفعه إليه في أوقات معروفة، من سنين، أو أشهر، أو أيام، أو نجوماً[5] ينجمهُ في كل نجم كذا وكذا، على

(١) في (ب): كان.
(٢) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض، باب العتاق.
(٣) في (أ): أصله.
(٤) أي قول علي - عليه السلام - وهو حجة عندنا.
(٥) الذي في الأحكام: نجوماً. من غير: أو.

ما يتفقان عليه، أنَّه حر متى وفر على سيده ما كوتب عليه على ما شورط، فإن عجز، فهو مردود في الرق، وكذلك إن كان وفرَّ أكثر ما عليه، وإن وفاه ما كاتبه عليه، عتق.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

قد بينا أن قوله: (المكاتبة أن يتراضى السيد والعبد على شيء معروف) فيه تنبيه على أن لا إجبار في الكتابة، خلافاً لأصحاب الظاهر بما لا معنى لإعادته، وبينا أن قوله إن وفاه ما كاتبه عليه، عتق، يدل على أنَّه لا يوجب الحط للإيتاء، وقوله: (يتراضيان على شيء معروف يدفعه إليه في أوقات معروفة، أو نجوم منجمة)[2] على أنَّه يجوز أن ينجما نجماً واحداً، وكل من قال ذلك رجع إلى الحال؛ ولأن النجم الواحد لا يقتضي التأجيل، بل يجوز أن يكون حالاً، خلافاً للشافعي أنها لا تصح على أقل من نجمين.

والدليل على ذلك قوله: ﴿فكاتبوهم﴾، و لم يشترط فيه الحلول، ولا الأجل، ولا النجوم، ولا النجمين، فصح جميعه بحق العموم مثل قوله - عز وجل-: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة: ٢٧٥) فدل ظاهره على جواز البيع نقداً ومؤجلاً، بأجل واحد وآجال عدة.

فإن قيل: هذا عقد يتضمن الكتاب في غالب الأحوال، والندب بالكتاب[3] من الله تعالى واقع في الحقوق المؤجلة.

قيل له: ومن يُسلِّم لك أن هذا العقد يتضمن الكتاب في غالب الأحوال، بل عقد الكتابة عقد يقل بين الناس، فكيف يعتبر فيه العرف، وغالب الأحوال؟ فرب فقيه، أو عدل، أو قاض، يعمَّر سبعين سنة، ولا يكون رأى بعينه مكاتباً واحداً، ولا شهد على كتابة، ولا أفتى فيها، ولا حكم فيها.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٢.

(٢) في (ب): ينجمه.

(٣) في (ب): من الكتاب.

فإن قيل: الاسم يدل عليه.

قيل /٣٠/ له: لا خلاف أن الكتاب لا يجب فيه، وإنما هو اسم موضوع لهذا الأمر المخصوص، كما أن الدابة اسم للبهيمة المخصوصة، وكما أن الغائط اسم لقضاء الحاجة، والعذرة اسم للنجاسة.

فإن قيل: في الكتابة الحالة تضييق على العبد، وموضوع الكتابة توفير حظ العبد، والنظر له.

قيل له: هو أبصر بأمر نفسه[1]، فربما يعلم أنَّه يمكنه أن يستقرض، أو يستوهب، أو يؤاجر نفسه مدة طويلة، وهو يجوز أن يكاتب قبل غروب الشمس على نجمين، أحدهما إذا غابت الشمس، والثاني إذا غابت الحمرة من الشفق.

فإن قيل: لا يمكنه الأداء حالاً.

قيل له: يمكنه بالوجوه التي ذكرناها، على أن ذلك كمبايعة المُعدِم بثمن معجل، فيجب أن يجوز؛ لأنَّه يتمحل كما يتمحل المعدم؛ ولأنه عقدٌ يتعلق به العتاق، فجاز معجلاً ومؤجلاً، كالعتق على مال، ولأنه عقد لا يجب التعجيل في ثمنه، فيجب ألا يكون التأجيل شرطاً في تمامه، دليله عقود البياعات، وأيضاً هو عقد يتناول رقبة العبد بمال يثبت[2] في الذمة، فوجب أن يكون معجلاً ومؤجلاً، كبيع العبد من الأجنبي.

وقوله: (يتراضيان على شيء معروف يدفعه إليه)، يدل على أنَّه يجوز الكتابة بالوَرِق، والعين، وغيرهما من العروض والحيوان بعد أن يكون معلوماً، وهو صحيح؛ لقول الله - عز وجل -: ﴿**فكاتبوهم**﴾، ولم يقل على ماذا؟ فصحت المكاتبة[3] على جميع ما ذكرنا بحكم العموم، وهذه الجملة لا خلاف فيها، واختلف قول أبي حنيفة، والشافعي، في المكاتب على ما لا يجوز السلم فيه، كنحو الوصيف، وبما جرى مجراه،

---

(١) في (أ): هو أبصر من نفسه.

(٢) في (ب): ثبت.

(٣) في (أ): الرواية.

فعند أبي حنيفة يصح الكتابة على ذلك كما تصح في المهر، وعند الشافعي لا تصح كما لا تصح عنده في المهر، ومذهب يحيى - عليه السلام - أن ذلك صحيح في المهر، قد نص عليه في كتاب النكاح[١]، فكان الأولى أن يصح في الكتابة كما صح في المهر، وقوله على شيء يدفعه إليه معروف، وأيضاً يقتضي جواز ذلك؛ لأنَّه لم يخص[٢] شيئاً من شيء.

فإن قيل: وقوله: (شيء معروف) يمنع ذلك؛ لأنَّه مجهول.

قيل له: هو معلوم على الجملة، وإن كان فيه ضرب من الجهالة، والأصل فيه المهر، بل قد دللنا عليه في كتاب النكاح أن دخول الجهالة في المهر لا يفسده، وهي أنَّه بدل ما لا يَفسد بفساد البدل، ألا ترى أن النكاح لا يفسد بفساد المهر؟ فكذلك مال الكتابة؛ لأنَّه بدل ما لا يفسد بفساد البدل؛ إذ لا خلاف أن /٣١/ العتق لا يفسد بفساد عوضه، وكذلك الخلع عندنا، والله أعلم.

قوله: على أنَّه حر متى وفر على سيده ما كوتب عليه، لم يذكره في (الأحكام)، وأظنه مذكور في (المنتخب)[٣] وتَرْكُ ذكرِه في (الأحكام) يدل على أنَّه يجيز صحة المكاتبة من غير اشتراط هذه اللفظة، وأن هذه اللفظة مما استحب شرطها للتأكيد، ولإزالة الخلاف، كما استحب ذكر ما بعده من الشرط على ما بيَّنه.

قال الشافعي: لا بد من ذكر هذا الشرط، وعند أبي حنيفة - شَرط، أو لم يشرط - جاز، كما دل عليه قول يحيى.

ووجهه: أن المكاتبة لفظة في الشرع معروفة تفيد عتقاً مخصوصاً، وقد كانت هذه اللفظة أيضاً معروفة عند العرب من جهة لغاتهم قبل الشرع، كالبيع أنَّه لفظة معروفة شرعاً ولغة تفيد تمليكاً مخصوصاً، وكالهبة، والنكاح، فكما أن المتبايعين يكفيهما أن يقول البائع: بعت، ويقول القابل: قد اشتريت. ولا يحتاج أن يقول البائع هذا

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٠٢.

(٢) في (ب): لا يختص.

(٣) لم أجده في المنتخب، انظر باب المكاتبة ص ١٧٠.

التمليك المخصوص، فكذا في الهبة، والنكاح؛ لتكون الفائدة بهذه الألفاظ معلومة مشهورة شرعاً، ولغة، فكذلك الكتابة؛ إذ هي لفظة شاركت سائر ما ذكرنا من الألفاظ فيما ذكرنا.

فإن قيل: المكاتبة تحتمل المخارجة التي لا تؤدي إلى العتق، فلا بد من لفظ ينبئ عن العتق.

قيل له: ذلك غير معروف؛ لأن من قال: فلان كاتب عبده، أو فلان مكاتب، لم يعقل في الشرع، واللغة إلاَّ هذا الأمر المخصوص المؤدي إلى العتق، وذلك الاحتمال إنَّما هو بأن يصرف عن ظاهره.

وقوله: فإن عجز، فهو مردود في الرق، وكذلك إن كان وفر[1] أكثر ما عليه، وبه قال أكثر العلماء مثل أبي حنيفة وأصحابه، والشافعي، ولا يحكى فيه الخلاف إلاَّ عن المتقدمين، واختلفت فيه أقاويل الصحابة، فروي عن عمر مثل قولنا، وروي أنَّه إذا أدى النصف، فهو غريم، وروي نحو قولنا عن عائشة، وأم سلمة، وابن عمر، وزيد بن ثابت، وروي عن عبد الله أنَّه إذا أدى قيمة رقبة، فهو غريم، وروي عنه إذا أدى ثلثاً، أو ربعاً، فهو غريم، كل ذلك رواه الطحاوي في (شرح الآثار)[2] عنهم.

وحكى غيره عن ابن عباس أنَّه يعتق بالعقد، ويكون ماله ديناً.

والأصل فيه: حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «المكاتب عبدٌ ما بقي من كتابته درهم»[3]. رواه[4] الطحاوي بإسناده يرفعه، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال النبي صلى /٣٢/ الله عليه وآله وسلم: «المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهمٌ» [5].

---

(١) في (ب): يوفر.

(٢) أخرجها الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ١١١ - ١١٢.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ١١١.

(٤) في (أ): ورواه.

(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ١١٢، وقال: من كتابته شيء.

ورُوِيَ عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أيما رجل كاتب عبداً له على مائة أوقية، فأداها إلاَّ عشر أواق، فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار، فأداها إلاَّ عشرة دنانير، فهو عبد»[١].

ومن جهة النظر: أن المشتري لا يستحق قبض المبيع إلاَّ بتوفية جميع الثمن، وكذلك الراهن لا يستحق أخذ الرهن إلاَّ بقبض جميع ما تعلق به من الدين، فكذلك المكاتب لا يستحق العتق إلاَّ بأداء جميع ما عليه من مال الكتابة، والعلة أن كل واحد منهما استحق بالعقد حقاً، ولم يجب أن يتم إلاَّ بقبض ما هو عوض عنه، فكذلك المكاتب، ويشهد له النكاح: أن المرأة لا يلزمها تسليم نفسها إلاَّ باستيفاء مهرها، وأيضاً قد حصل الإجماع منهم على أنَّه لا يعتق إلاَّ بأداء شيء، إلاَّ ما يحكى عن ابن عباس، وهو شاذ غير معروف، فثبت أنَّه لا يعتق بالعقد، ولا بد من الأداء، فليس أداء بعض أولى من أداء بعض.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إنَّه يعتق بقدر ما أدى؟

قيل له: قد ثبت بما قدمناه أن العتق لا يتبعض، فسقط هذا القول.

فإن قيل: فقد روي ذلك عن علي - عليه السلام -.

قيل له: تأويله عندنا أنَّه يحكم عليه بحكم الحر في ذلك، لا أنَّه يعتق على ما نبينه بعد هذا في موضعه، وقوله: إن وفَّاه ما كاتبه، عتق، صحيحٌ، لا خلاف فيه.

مسألة: في اشتراط الولاء والرد عند العجز

قال: ويشترط[٢] إن عجز، فهو مردود في الرق، ويشترط الولاء.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/٣٢٣، والنسائي ٣/١٩٧.

(٢) في (ب): ويشرط.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٢.

وكل ذلك استحباب، لا أنَّه إن لم يشترط، تغير الحكم في ذلك، أو أن اشتراطه شرطٌ في صحة الكتابة على ما بيناه من رده في الرق إن عجز، وعلى ما نبينه في حكم الولاء.

ووجه الاستحباب فيه: أنَّه أبعد من التغرير، ووقوع الالتباس؛ لأن العبد إذا عرف ذلك، دخل فيه على بصيرة.

مسألة: في رد ما دفعه المكاتب إذا عجز

قال: وإن رد في الرق لعجزه، كان ما دفع إلى مولاه مما أعانه به الإمام والمسلمون مأخوذاً منه مصروفاً في العون على الرقاب على ما يراه الإمام، وما كان مما اكتسبه العبد، فهو لمولاه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

المراد بقوله: ما أعانه عليه الإمام والمسلمون مأخوذاً منه. هو ما دفع إليه من جملة الصدقات والزكوات التي جعلها الله للرقاب؛ لأن ملكه لم يستقر على ذلك، ولا جاز أن يملكه مولاه من جهته؛ لأنَّه لأقوام لهم صفات مخصوصة، فلما كان ذلك كذلك، وجب أن يُرد في أهل تلك الصفات، فأما ما أعانه /٣٣/ الإمام والمسلمون تبرعاً، ووهبوه منه، فذلك يكون له[2] بمنـزلة كسبه؛ ألا ترى أنهم لو تبرعوا به على العبد الذي لم يكاتب، كان مملوكاً لمولاه إذا قبله العبد؟ والمكاتب لا يكون أسوأ حالاً منه، وقد نبه على ذلك في (الأحكام)[3] بقوله: هو وما ملك من شيء لمولاه. وأما ما اكتسبه، فلا إشكال أنَّه لمولاه، ولا خلاف فيه.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣.

(٢) في (أ): فذلك له.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣.

فصل: في طلب المكاتب للإقالة

قال في (الأحكام)[١]: وإذا طلب المكاتب الإقالة والرجوع في الرق من غير إضرار من سيده، جاز[٢] ذلك، فدل ذلك على أن السيد لا يجوز له أن يضر به، وأنه إن أضر به، فيعجز لذلك، لم يرد في الرق، والإضرار به أن يمنعه من التصرف، أو يطالبه قبل حلول نجمه، وأما إذا أخل العبد بأداء نجم من نجومه، و لم يكن له وجه، ينتظر به يومين أو ثلاثة، كما قلناه في حال الشفيع، فذلك عجزٌ، ويجب أن يرد في الرق.

قال أبو يوسف: لا يكون العجز حتى يتوالى عليه نجمان.

ما قلناه[٣]، فقد روي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: لا يقضى بعجز المكاتب حتى يتوالى عليه نجمان[٤]. و لا معنى لما قال؛ لأن النجم الثاني كالثالث، والعجز في الأول كالعجز في الثاني، وقال أبو حنيفة مثل قولنا، ومحمد، قال الشافعي: لا يجب إمهاله إلاَّ قدر ما يبيع سلعة إن كانت له.

مسألة: في مكاتبة الأمة وحكم ولدها

قال: ويجوز مكاتبة الأمة كما تجوز مكاتبة[٥] العبد، وما ولدته المكاتبة في حال كتابتها[٦]، فهو مكاتب بكتابة أمه، له ما لأمه، وعليه ما عليها من الرق، والعتق، ولا يجب أن يؤدَّى عنه شيء.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٧].

لا خلاف في أن الأمة كالعبد في جواز الكتابة، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ﴾ (النور: ٣٣)، يشتمل على الذكر والأنثى، كسائر الآيات الواردة في الأمر، والنهي،

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣.

(٢) في (أ): من سيده به جاز.

(٣) ظنن في (ب) على: ما قاله، وظنن أيضاً على: أن في هذه الفقرة ساقطاً.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض، باب العتاق.

(٥) في (أ): مكاتبته.

(٦) في (أ): الكتابة.

(٧) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣.

والإباحة، أنها تشتمل على الذكر والأنثى، ولا خلاف أيضاً أن ولد المكاتبة في حكمها، وما ينتهي إليه أمرها من الرق والعتق، إلاَّ الشافعي ففيه عنه قولان، وذلك أن الولد في حكم الأم في الرق، والحرية، وكذلك الكتابة.

مسألة: في الكتابة عن النفس والولد

قال: وإن كان المكاتب، أو المكاتبة، كاتب عن نفسه وأولاده، جاز ذلك، فإن أدى ما كوتب عليه، عتق، وعتقوا، وإن عجز، استُرِق، واسترقوا.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(١).

وذلك لقول الله - عز وجل-: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ و لم يقل: كل واحد منهم عن نفسه؛ فاقتضى ظاهره جواز الكتابة عن نفسه، وعن غيره، وأيضاً الكتابة عقد معاوضة كالبيع، فكما جاز أن يعقد الشراء على الأولاد، جاز أن يعقد الكتابة، وتشهد له الإجارة، فإن /٣٤/ أدى الكتابة (عن نفسه، وعن غيره)(٢) عتق، وعتقوا؛ لأنَّه بمنـــزلة المشتري إذا وفَّى الثمن، استحق قبض السلعة، ولأن الأب وجب عتقه لأدائه مال كتابة انعقدت عليه، فكذلك الأولاد؛ لهذه العلة، وإن عجز استرق، واسترقوا؛ لأن العجز يوجب فسخ الكتابة، وفسخ الكتابة يوجب كونهم أرقاء كما كانوا قبل الكتابة.

مسألة: في المكاتب يشتري أم ولد أو أولدها ثم مات

قال: ولو أن مكاتباً اشترى أم ولده مع الولد، أو أولدها بعد ذلك، ثُمَّ مات وقد بقي عليه بعض الكتابة، كانت الأمة وولدها منه بمنـــزلته، فإن أدت(٣) هي، أو بعض أولادها ما بقي من كتابته، عتقت، وعتقوا، وإن عجزوا، ردوا في الرق، ولا يسترقوا إلاَّ بالعجز عن الإيفاء.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣.

(٢) ما بين القوسين سقط من (ب).

(٣) في (أ): أدى.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

اعلم[٢] أن المكاتب إذا اشترى أمةً، لم يكن له وطؤها؛ لأن المكاتَب لم يثبت له الملك بعد، وإنما يثبت حق الملك، ولا يحل الوطء إلاَّ في ملك صحيح، وتفسير المسألة قد مضى في كتاب النكاح، وهو أن يكون المكاتب قبل كتابته تزوج بأمة، ثُمَّ اشتراها بعد الكتابة، فله أن يطأها بالنكاح المتقدم؛ لأن الملك لما لم يستقر، لم يبطل النكاح، فهذا تفسير قوله: أو أولدها بعد الشراء[٣].

واعلم أن الناس اختلفوا في المكاتب إذا مات وعليه مال الكتابة، فقال الشافعي: مات عبداً على كل حال، وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن مات ولا وفاء له، مات عبداً، وإن مات وله وفاء، أو ما يجري مجرى الوفاء، كأن يموت وله ولدٌ دخل معه في الكتابة بالولادة، أو بأن تكون انعقدت عليه مع أبيه، فيؤدي الولد، مات حراً، وهو معنى قولنا ما يجري مجرى الوفاء[٤]، وروي نحو هذا القول عن علي، وابن مسعود، ونحو قول الشافعي عن عمر، وحكى أبو بكر الجصاص نحو قولنا عن زيد بن ثابت، وابن الزبير، وحكى ابن أبي هريرة نحو قولهم عن ابن عمر، وزيد، وعائشة.

وتحصيل هذا الباب أنَّه يحكم له بحكم من مات وهو حر، ولسنا نريد أنَّه يلحقه في نفسه العتق على التحقيق؛ لأن اختلاف الأحوال عليه بعد الموت مما لا يصح.

والدليل[٥] على ذلك قول الله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾(النساء: ١١) فحكم ببقاء الدين بعد الموت، ومال الكتابة دين على المكاتب، فوجب استيفاؤه بعد موته، وإذا وجب الاستيفاء بالآية، ثبت العتق على ما نقوله؛ إذ لم يوجب أحدٌ الاستيفاء، ومَنَع حصول العتق.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٤. إلا أنه قال: مع الولد فأولدها.

(٢) في (أ): واعلم.

(٣) انظر: الأحكام: ١/ ٤٠١.

(٤) في (أ): مجراه الوفاء.

(٥) في (ب): فالدليل.

فإن قيل: هو في الأحرار.

قيل له: بل هو في(١) كل من كانت(٢) له ذمة، وكان له مالٌ، وعليه دين من الأحرار /٣٥/ والمكاتبين.

فإن قيل: (لو كان ديناً، لوجب أن يبرأ منه بمقدار ما يؤدي براءة يقع بها العتق.

قيل له: هذا لا معنى له؛ ألا ترى أن الراهن إذا مات، لم يبرأ ورثته بقضاء بعض الدين براءة يستحق معها فك الرهن، وكذلك الراهن نفسه؟ لتعلق الرهن بجميع الدين، وكذلك المشتري لا يبرأ بأداء بعض الثمن براءة يستحق معها قبض المبيع؛ لتعلق المبيع بجميع الثمن، فكذلك العتق، وهذا لا يوجب ألا يكون مال المكاتبة ديناً.

فإن قيل)(٣): لو كان ديناً، لم يصح إسقاطه بالعجز.

قيل له: لا يمتنع ذلك، كما أن المشتري إذا كان له خيار الثلاث، فإنه يمكنه إسقاط ثمن المبيع باختيار الفسخ، وكذلك من له خيار الرؤية عندنا، وهذا لا يمنع من أن يكون الثمن ديناً عليه، وكذلك الزوج يُسقط بالطلاق نصف المهر للتي لم يدخل بها، وإذا ثبت أنَّه دين، فيجب ألا يسقط بالموت، وإنما يسقط بالعجز مع الموت، ويدل على ذلك أن عتق المكاتب معلق بأداء المال من غير اعتبار المؤدي؛ ألا ترى أنَّه لو وكل بالأداء غيره، صح، وكذلك لو أدى عنه غيره؟ وإذا صح ذلك، وجب أن يقع العتق متى وقع الأداء، سواء أداه المكاتب، أو أداه عنه غيره، في حياته، أو بعد وفاته.

فإن قيل: صح الأداء عنه في حياته لصحة تعلق العتق به، والميت لا يصح أن يتعلق العتق به.

قيل له: يصح أن تجري عليه أحكام العتق بعد الموت، وليس العتق سوى الأحكام.

فإن قيل: كيف يصير عتقاً بعد الموت؟

---

(١) في (أ): بل في.

(٢) في (أ): مات.

(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

قيل له: كما يصير مولاه معتقاً بعد الموت؛ لأنَّه لا خلاف أن مولاه لو مات قبل استيفاء الكتابة، ثُمَّ استوفاها الورثة، أن المكاتب يعتق، ويكون المولى هو المعتق في الحكم، ويدل على ذلك أن الكتابة عقد معاوضة لا يبطله موت أحد المتعاقدين، وهو المولى، فوجب ألا يبطله موت صاحبه، دليله عقد البيع، وعقد الإجارة عندنا وعند الشافعي، وعكسه عقد النكاح، لمَّا أبطله موت أحد المتعاقدين، أبطله موت الآخر، أو يقال: إنَّه عقد معاوضة لا يصح إلاَّ بالعوض، ويصح بقاؤه مع الموت، فوجب ألا يبطله الموت، دليله ما ذكرنا من البيع، والإجارة.

واحترزنا بقولنا يصح بقاؤه مع الموت، من العبد المستأجر إذا مات، وذلك أن منافعه قد بطلت و لم يمكن[1] استيفاؤها مع موته، وأيضاً لما أجمعوا أن موت المولى لا يبطل الكتابة لصحة إمكان الأداء، فوجب ألا يبطلها موت المكاتَب لصحة إمكان الأداء، فإذا ثبت ما بيناه، فإن مات عن وفاء، أدى عنه، وعتق أولاده لدخولهم في الكتابة مع أمهم؛ لأنهم ملكوا أمهم لما عتقوا، فوجب أن تعتق، وإن لم يكن له وفاء[2] وأداه الولد، أو أم الولد عن الولد، كان كذلك؛ لما بيناه، وإن لم يكن له وفاء، وعجز من ذكرنا، استرقوا، و لم يحكم للميت بالعتق، لا خلاف فيه.

مسألة: في اختيار أولاد المكاتب الحرية أو الرق

قال: وإن اختار بعض الأولاد الرق، واختار بعضهم العتق، وأدى الذين اختاروا العتق، عتق /٣٦/ الجميع.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

ووجهه: أن العتق والرق غير موقوفين على الاختيار الذي يكون منهم، وإنما هما موقوفان على الأداء، والعجز، فمتى وقع الأداء، وقع العتق، وإن لم يختاروا العتق، ومتى عجزوا، حصل الرق، وإن كرهوا، فإذا ثبت ذلك، صح ما قال من أن الأداء إذا وقع من بعضهم، عتق الجميع؛ لحصول الأداء، وحكم على ما بيناه لأمهم بالعتق.

---

(١) في (ب): ولا يمكن.

(٢) في (أ): وإن لم يكن وف.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٤.

مسألة: في موت من كاتب عن نفسه وولده

قال: ولو أن مكاتباً كاتب عن نفسه وولده، ثُمَّ مات، كانت الكتابة لازمة لولده، ويستسعى فيها، ويرث أباه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب) و(الأحكام)[١].

ووجهه: ما مضى، فلا معنى لإعادته، هذا إن أمكنه السعي[٢] واختاره، وإن شاء، عجز نفسه[٣]، واسترق.

قال: وإن كان الولد صغيراً لا يستسعى مثله، انتظر به الكبر، ثُمَّ استسعي، وإن أدى الإمام عنه في حال صغره، عتق، وإن عجز، كان موقوفاً.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

أما إذا أدى عنه الإمام، فيجب أن يعتق؛ لأن الإمام وليه، كما أنَّه ولي لجميع المسلمين، فصح أداؤه عنه، وإن لم يؤدِّ الإمام، كان الخيار إلى مولاه، إن شاء فسخ به الكتابة، وإن شاء انتظر به المولى إلى وقت بلوغه، وإمكان سعايته، والمسألة موضوعة على رضا المولى[٥] بالانتظار.

مسألة: في شراء المكاتب بما بقي عليه

قال: ولا بأس أن يشتري الرجل مكاتباً بما بقي من مكاتبة رقبة[٦] نفسه ليخرج عن أن يكون مكاتباً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٧].

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧، والأحكام: ٢/ ٣٥٨.

(٢) في (أ): البيع.

(٣) في (أ): عجز عن نفسه.

(٤) انظر: المنتخب: ١٧٠.

(٥) في (أ): الولي.

(٦) في (أ): مكاتبته رقبته.

(٧) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٠١.

يفسخ مولاه كتابته، فيشتريه المشتري على أن يعتقه، ويجعله رقبة، فأما بيعه مع ثبوت الكتابة، فلا يجوز، وحكى جوازه عن مالك، وأبي ثور.

ووجهه: أن عقد الكتابة منع السيد أن يتصرف فيه بالاستخدام والإجارة؛ لثبوت حق المكاتب في نفسه، فوجب أن يكون منع ذلك تصرفه فيه بالبيع؛ لأنَّ التصرف بالبيع أعظم من التصرف في غيره؛ ولأن مولاه استحق عليه عوض نفسه، فلا يجوز أن يستحق نفسه مع استحقاق العوض.

فإن قيل: روي أن بريرة كانت مكاتبة لقوم، وأن عائشة اشترهما.

قيل له: قد روي ما يدل على أنها كانت قد عجَّزت نفسها، وذلك ما روي أنها أتت عائشة تستعين بها على أداء الكتابة، فقالت لها عائشة: إني أصب لهم المال صبة واحدة، فساومي نفسك، فساومت نفسها، فهذا[1] هو الرضا بالعجز، وإذا رضيت بالتعجيز، وفسخ مولاها الكتابة، فلا خلاف في جواز شرائها، إن شاء، إما بما بقي، أو أقل من ذلك، أو أكثر.

فأما شراؤه بشرط العتق، فهو جائز على مذهب يحيى - عليه السلام - وعنده أن /٣٧/ البيع يثبت[2]، والشرط يبطل على ما مضى في كتاب البيوع، وحكي عن الشافعي أن جواز البيع مع الشرط على قولين.

ووجهه: إجازة النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ذلك لعائشة، قال في (الأحكام)[3]: وإن اشترط الولاء له، كان ذلك له، ومعناه أن المشتري إذا اشترط الولاء للبائع كان ذلك للمشتري، روي أن عائشة كانت اشترطت الولاء للبائع، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الولاء لمن أعتق».

---

(١) في (ب): وهذا.

(٢) في (أ): مع يثبت.

(٣) انظر: الأحكام: ٣٩٩/١، ولفظه: «أن عائشة اشترتها، واشترط عليها الذي باعها أن الولاء له، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الولاء لمن أعتق».

مسألة: في وطء المكاتبة

قال: وليس للمكاتب أن يطأ أمته المكاتَبة، فإن وطئها جاهلاً بتحريم الوطء، درئ عنه الحد بالشبهة، وللمكاتبة الخيار، إن شاءت، أقامت على كتابتها، وكان لها على سيدها مهر مثلها، وإن شاءت، فسخت مكاتبتها، وليس يلزم سيدها لها شيء، ولا فصل بين أن تلد المكاتبة من ذلك الوطء، وبين ألا تلد.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

تحريم وطء المكاتِب للمكاتَبة قول أبي حنيفة وأصحابه، والشافعي، ولا أحفظ فيه خلافاً.

ووجهه: أنَّه ممنوع من التصرف فيها، وقد حصلت في يد نفسها بحكم العقد، دليله لو باعها، ويشهد له وطء المرهونة: أن الراهن لما منع التصرف فيها، حرم عليه وطؤها، والمكاتب أشد منعاً منه، ولاسيما على قولنا إنها تصير في حكم الحر بمقدار ما تؤدِّي، على أن المولى لا يملك شيئاً من منافعها، ومن منافعها البضع، فوجب ألا يملكه، على أن بضعها قد صار في حكم الملك لها، بدلالة أنها هي التي تستحق عوضه لو وطئها بشبهة، وأيضاً الوطء يجري مجرى إتلاف جزء منها، فلا سبيل له إليه، كما لا سبيل له إلى تناول شيء من أجزائها.

ودرئ عنه(٢) الحد إن كان وطئها جاهلاً بالتحريم؛ للشبهة كما قال؛ لأنَّه قد اجتمعت شبهتان: شبهة الجهل، وشبهة الملك؛ لأن الملك لم(٣) ينقطع بعد.

ووجه إيجابه مهر المثل إن أقامت على الكتابة: أنَّه وطء وقع في ملك غير تام، فيجب مهر المثل؛ لأن ملك المولى قد تعلق، فصار غير تام، دليله من وطئ جارية بينه وبين شريكه، وبإيجاب المهر قال الشافعي، وأبو حنيفة وأصحابه، ولها الخيار على ما

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٤.

(٢) سقط من (ب): عنه.

(٣) في (أ): لا.

قال بين الإقامة على الكتابة مع استحقاق مهر المثل، وبين تعجيز نفسها ليفسخ مولاها كتابتها؛ لأن الوطء لم يوجب الفسخ، ولا إتمام العتق، فهي على خيارها، وكذلك إن أولدها، فالمسألة بحالها؛ لأن الإيلاد أيضاً لم يوجب فسخاً، ولا عتقاً عاجلاً.

مسألة: في موت المكاتِب

وقال: وإذا مات المكاتِب - المولى - كان العبد مكاتباً كما كان، لورثته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(١).

وهذا ما لا خلاف فيه؛ لأن /٣٨/ موت المولى لا يوجب الفسخ عند أحد، وإن اختلفوا في موت العبد المكاتب، وذلك أنَّه قد استحق العتق بالعقد، ولا يرتفع حكمه إلاَّ بالعجز، وموت المولى لا يوجب عجزه، فلذلك لم يغير حكمه في الكتابة.

مسألة: في موت المكاتَب

قال: وإذا مات المكاتَب وقد أدّى بعض كتابته(٢)، عتق بمقدار ما أدى، وورث بمقداره، وكان باقي المال لسيده، وكذلك إن قُتل، أو قطع عضو منه، وُدي على حساب ما أدى من مكاتبته، وما بقي فعلى حساب قيمته.

أول المسألة منصوص عليه في (المنتخب)، وآخرها في (الأحكام)(٣).

قال أبو حنيفة، والشافعي: هو عبدٌ في جميع أحكامه، إلاَّ أن يؤدي عنه بعد وفاته جميع الكتابة، فيكون حراً عند أبي حنيفة على ما مضى القول فيه، وهو عند الشافعي عبدٌ كما كان، وما قلناه هو قول زيد بن علي - عليه السلام -.

اعلم أن تحصيل مذهب يحيى بن الحسين - عليه السلام - في هذا الباب: هو أن

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣.

(٢) في (أ): أدى كتابته.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣، والمنتخب: ١٧٠.

المكاتب إذا أدى شيئاً من مكاتبته، صار في ذلك القدر في حكم الحر، حيّاً وميّتاً، لا[١] أن ذلك القدر منه يصير حراً؛ لوجهين:

أحدهما: أن من قوله: إن العتق لا يتبعض، على ما مضى القول فيه.

والثاني: أن من مذهبه أنَّه يرد في الرق (إذا عجز عن إيفاء الجميع مما عليه، ولا خلاف أن الرق)[٢] ولا يجري على الحر في دار الإسلام، وروي عن علي - رواه زيد بن علي - عليهم السلام - [٣] أنَّه لا يقضى بعجز المكاتب حتى يمضي عليه نجمان، فنبه على أنَّه يرده في الرق بالعجز، ولو صار بعضه حراً على الحقيقة، لم يكن لذلك معنىً، فدل ذلك على أن مذهبه أيضاً هو ما حصلناه في هذا الباب.

والأصل في هذا الباب: حديث عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «يودى المكاتب بحصة ما أدى (دية حر، وما بقي دية عبد)»[٤]. فأوجب - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يجرى عليه حكم الحر في باب الدية بقدر ما أدى.

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «إذا أصاب المكاتب ميراثاً أو حداً، فإنه يرث على قدر ما أعتق منه، ويقام عليه الحد بمقدار ما عتق»[٥]. ولم يقل: إنه صار حراً بمقدار ما أدى)[٦].

وروى نحو هذا في المواريث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم

---

(١) في (ب): إلاَّ.

(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الترمذي ٥٠٦/٣، والبيهقي ٣٢٥/١٠، وأبو داود ١٩٣/٤، والدارقطني ١٩٩/٣، والنسائي ١٩٦/٣.

(٥) الأمالي كتاب الحدود، باب الرجم.

(٦) سقط ما بين القوسين من (أ).

السلام-[1]، فصار ذلك أصلاً في الأحكام التي يصح فيها التبعيض مما يختلف فيه حكم العبد، وحكم الحر.

فإن قيل: فكيف يجوز أن يحكم له بحكم الحر في بعضه، وهو عبد عندكم؟

قيل له: لا يمتنع ذلك؛ ألا ترى أنَّه حين يكاتب يصير في كثير من الأحكام في حكم الحر، ويخرج عن أحكام العبد، وذلك في الشراء، والبيع، والتصرف على ما يريد، وفي قصور يد صاحبه عن استخدامه، ومنعه من التصرف، فإن كانت أمته، لم يحل له وطؤها؟ فإذا جاز أن يصير في حكم جميع ذلك حكمه حكم الأحرار، وإن كان عبداً، ولا يكون أدى من الكتابة شيئاً، فلِمَ لا يجوز أن يصير في الأحكام التي ذكرنا بمنـــزلة الحر في مقدار ما أدى للسنة /٣٩/ الموجبة لذلك؟

فإن قيل: إذا كان الخبر ورد في الدية، فلِمَ ألحقتم بها سائر الأحكام؟

قيل له: لأن كثيراً من الأحكام قد روي فيها عن علي - عليه السلام - مثل ما قلناه، وقوله عندنا حجة؛ ولأن أحداً من الأمة لم يفرق بين شيء من تلك الأحكام، على أنا نقيس على ذلك سائر ما ذهبنا إليه؛ بعلة أنَّه مما يختلف فيه حكم الحر والعبد، ويصح تبعيضه، فوجب أن يحكم على المكاتب فيه بحكم الحر على مقدار ما أدى، قياساً على الدية.

فإن قيل: فابن عباس هو راوي الحديث، ويروى عنه أنَّه قال: يقام على المكاتب حد المملوك.

قيل له: يحتمل أن يكون أراد به قبل أداء شيء من مال الكتابة، أو يكون قال ذلك؛ لأنَّه لم يقس كما قسنا في هذا الموضع.

ويقال لأبي حنيفة: إذا جاز أن يحكم عليه بحكم الحر (وإن مات وهو عبد بالأداء الذي بعده، فلِمَ لا يجوز أن يحكم عليه بحكم الحر)[2] في مقدار ما أدى فيما ذهبنا إليه؟

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض باب المكاتب يعتق بعضه.

(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).

مسألة: في حد ووصية المكاتب

قال: وكذلك يحد إن لزمه شيء من الحدود، وكذلك إن أوصى، جاز من وصيته بمقدار ما أدى من كتابته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجهه: ما مضى، وذكر يحيى بن الحسين - عليه السلام - في الحدود أن ذلك قول أمير المؤمنين علي - عليه السلام -.

فأما ما لا يصح فيه التبعيض، كالقود، والنكاح، والوطء بالملك، فيجب أن يحكم عليه في جميعه بحكم العبد؛ لأن الأثر[2] ورد فيما يصح فيه التبعيض، فالذي يجب فيما أخذه بسبب حكم الحرية من إرث، أو زيادة إليه على ما كان يأخذه لو كان عبداً، فإنه يرده إن عجز ورد في الرق على قياس قول يحيى - عليه السلام - في إيجابه عليه الرد مما أخذه من الزكوات والعشور والصدقات، إذا[3] رد في الرق لعجزه، وما فاته من ذلك لعدم كمال الحرية، لم يأخذه، وإن تم بالأداء عتقه؛ لأنَّه أخذ تمام ما استحقه يوم أخذ وهو عبدٌ.

مسألة: في العتق على مال

قال: ولو أن رجلاً قال لمملوكه: إن أعطيتني مائة دينار، فأنت حرٌ، فأعطاه خمسين ديناراً، ثُمَّ مات سيده، كان العبد مملوكاً، ولم يكن مكاتباً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4].

وذلك أن قوله: إن أعطيتني مائة دينار، فأنت حرٌ، عتقٌ على مال يدفعه إليه، وهو عتق على صفة، فمتى حصلت الصفة بعد موت السيد، لم يجب عتقه، ولم يكن حكمه

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٣، ٣٥٨.

(٢) في (ب): الأمر.

(٣) في (ب): من

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٥.

حكم المكاتب؛ لأنَّه لم يستحق العتق بقوله: إن أعطيتني كذا فأنت حرٌ، كما استحقه المكاتب بالمكاتبة، وهذا ما لا خلاف فيه، فأما إذا أعطاه ذلك في حياته، وجب أن يعتق، كما أنَّه لو قال: إن قدم فلان من سفره، فأنت حر، فإن قدم وهو في ملكه، فهو حرٌ، وإن قدم /٤٠/ والملك زائل بموت صاحبه، أو بالبيع، أو الهبة، لم يعتق، لا خلاف فيه.

فصل: في قول السيد: أنت حر على كذا وعليك كذا

قال في كتاب النكاح من كتاب (الأحكام)[1]: إذا أراد الرجل أن يعتق أمته، ويتزوجها، ويجعل عتقها مهرها، فراضاها على ذلك، ثُمَّ قال لها: قد جعلت عتقك مهرك، فأنت على ذلك حرة، فقد عتقت، فإن تزوجته وإلا سعت له في قيمتها، فدل ذلك من قوله على أن الرجل إذا قال لعبده: أنت حرٌ على ألف درهم، فرضي العبد به، أنه يصير حراً، ويلزمه لسيده ألف درهم.

ووجهه: أنَّهما تعاقدا عقد معاوضة، فوجب أن يحصل العوض لكل واحد من المتعاقدين، ويجب أن يكون قَبِل العبد في المجلس؛ لأنَّه بمنـــزلة عقد البيع، وإن لم يقبل العبد ذلك، بطل ذلك، وكان العبد عبداً.

قال يحيى بن الحسين فيه: فإن قال: قد أعتقتك، وجعلت عتقك مهرك، عتقت الجارية، ولم يلزمها، قال: لأنَّها تعتق بقوله: أعتقتك، ويكون قوله لها بعد ذلك: وجعلت عتقك مهرك قولاً معلقاً[2]، فدل ذلك من قوله على أنَّه لو قال لعبده: أنت حر، وعليك ألف درهم، أنَّه يعتق بغير شيء، وبه قال أبو حنيفة.

قال أبو يوسف، ومحمد: إن قبل العبد، كان حراً، وعليه ألف درهم.

ووجهه: ما ذكره يحيى - عليه السلام - من أن العتق يحصل بقوله: أنت حرٌ، وما بعده كلام مبتدأ غير معلق بالأول، يكشف ذلك أن الواو في هذين الموضعين - أعني

---

(١) انظر: الأحكام: ١/ ٣٦٩.

(٢) انظر: الأحكام: ١/ ٣٧٠.

مسألة العبد[١] ومسألة الأمة - جعل للاستثناء، فيجري[٢] مجرى قوله: أنت حر، وأنت مكتسب، أو وأنت[٣] ضعيف، في أن شيئاً من ذلك لا يكون شرطاً في العتق؛ لأنَّه كلام مستأنف مستقل بنفسه من حيث هو ابتداء وخبرٌ، وعند أبي يوسف ومحمد بمنـــزلة أن يقول الرجل للحمال: احمل هذا إلى منـــزلي ولك درهم، في أنَّه أجرة مشروطة، والفرق بين ذلك وبين ما اختلفنا[٤] فيه، أن ذلك عادة جارية في استئجار من ذكر ولم تجر العادة بمثله؛ لأن العتق لم يكثر كما كثرت الإجارات، فلم يحصل له عادة يبنى عليها ما هو شرط فيه، ووجب الرجوع إلى حكم صريح اللفظ.

---

(١) في (ب): الأب، وظنن على: العبد.

(٢) في (ب): فهو يجري.

(٣) في (أ): أو أنت.

(٤) في (ب): اختلف.

باب القول في الشهادة على العتق

مسألة: في شهادة الشريك أن شريكه أعتق نصيبه

إذا كان عبد بين رجلين، فشهد أحدهما على صاحبه أنَّه أعتق نصيبه، وأنكر ذلك المشهود عليه، كان العبد حراً، وسعى العبد لمن شهد بعتقه في حصته إن كان معسراً، وضمن الشاهد للمشهود عليه حصته من قيمة العبد إن كان مؤسراً، وإن كان معسراً، سعى العبد في حصته كما سعى في حصة الشاهد.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

اعلم أن هذه المسألة مبنية على أن يكون العبد مصدقاً للشاهد، وتحصيلها أن الشاهد يضمن للمشهود عليه نصيبه إن كان مؤسراً، وإن كان معسراً، سعى العبد عن الشاهد، وهذا معنى قوله: سعى العبد لمن شهد بعتقه في حصته، أي سعى عنه؛ لأن الضمان كان عليه، فانتقل إلى العبد لإعساره، كما أن العاقلة إذا أدت عن الجاني[٢].

وقوله: إن كان المشهود عليه معسراً، سعى عنه للشاهد، وقوله: إن كان معسراً في آخر الفصل، هو راجح إلى المشهود عليه، (وقوله: في حصته، أراد عن حصته فيما يلزمه للشاهد؛ لأن الضمان عليه على ما بيناه في الأصل، وفي الانتقال، وإن كان المشهود عليه مؤسراً، فلا شيء على العبد للشاهد، ولا على المشهود عليه)[٣].

وإيضاحه: أنهما - أعني الشاهد، والمشهود عليه - إن كانا معسرين، فعلى العبد أن يسعى لكل واحد منهما، وإن كانا مؤسرين، فلا سعاية على العبد، والشاهد

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٢، والمنتخب: ٣٣٣.

(٢) كذا.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

يضمن نصيب المشهود عليه، والمشهود عليه لا يضمن نصيب الشاهد، فإن[١] كان أحدهما معسراً، سعى العبد عنه لصاحبه، فإن كان العبد مكذباً له، فلا شيء للشاهد، ولا سعاية على العبد.

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا شيء على الشاهد، وفي قول أبي يوسف، ومحمد، وزفر في المشهود عليه مثل[٢] قولنا مع تصديق العبد.

ووجه[٣] ما ذهبنا إليه: أن شهادة أحد الشريكين بمنـــزلة قوله: إني جعلت نصيبـــي حراً؛ لأنَّه لما شهد على صاحبه بالعتق، فإن شهادته تضمنت أمرين: أحدهما الشهادة عليه، والثاني الإقرار على نصيبه بالعتق الحادث، فجاز إقراره، وسقطت شهادته، فكأنه أحدث عتق نصيبه، فوجب أن يضمن نصيب المشهود عليه إن كان مؤسراً على ما مضى القول فيه في[٤] أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه، وإن كان معسراً، وجب أن يسعى العبد عنه بنصيب المشهود عليه، كما قلنا في الشريك إذا أعتق نصيبه وهو معسر، وإن كان المشهود عليه مؤسراً، فلا ضمان عليه؛ لأنَّه لم يقر بحصول العتق من جهته، ولا جرى ما[٥] يلزمه ذلك من طريق الحكم كما لزم الشاهد، ولا سعاية أيضاً على العبد؛ لأن العبد لا يسعى عن الشريك المؤسر على ما مضى.

فإن كان المشهود عليه معسراً، لزم العبد السعاية للشاهد؛ لأنَّه مقر أن المشهود عليه لزمه ضمان ما انتقل إليه لإعساره، فلزمه إقراره فيما عليه، كأن يقر رجل لرجل أني قد ضمنت لك ألف درهم عن رجل بحق واجب، والمضمون عليه منكر، فإن المقر /٤٢/ يلزمه المال للمُقَر له؛ لأن إقراره تضمن[٦] لزوم المال له ولزومه للمضمون عنه،

---

(١) في (ب): وإن.

(٢) في (أ): ومثل.

(٣) في النسخ : ووجهه، وظنن علي: وجه، في هامش (ب).

(٤) في (أ): القول في.

(٥) كذا.

(٦) في (ب): يتضمن.

فلزمه إقراره، و لم يلزم المضمون عنه، ونكتة الباب أن العتق حصل في الظاهر من جهة الشاهد، فعلى هذا بنينا المسألة، والله أعلم.

مسألة: في تكذيب العبد الشهادة بعتقه

قال: وإذا شهد رجلان على رجل بعتق مملوك له، وأنكره المملوك، والمشهود عليه، بطلت الشهادة، وكان العبد مملوكاً بإقراره.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١]، وبه قال أبو حنيفة.

قال أبو يوسف ومحمد: الشهادة مقبولة.

ووجه المسألة: أنا وجدنا الشهادة على ضربين: شهادة الحسبة، وشهادة الحقوق، ومعنى قولنا شهادة الحسبة، هي الشهادة التي تقع لأمر[٢] يجب على المسلمين المنع منه، أو الحمل عليه، وشهادة الحقوق، هي الشهادة المتعلقة بحقوق بني آدم التي لا يجب فيها غير الإقامة، وقد ثبت أن هذه الشهادة لا يجب أن تسمع إلاَّ إذا كان الخصم يدعي، فإذا كان المشهود عليه وله ينكرانها، فيجب أن تبطل، وقد ثبت أن هذه الشهادة هي شهادة الحقوق؛ لأنها شهادة تتعلق بحقوق العبد، وليست شهادة الحسبة؛ لأن ما يستبيحه السيد إنَّما هو الاستخدام، والتصرف في منافعه، وليس في جملته ما يجب للمسلمين[٣] على طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المنع منه، ولا حمل العبد على الامتناع منه، وإن[٤] كان حراً، لأن جميع ذلك مما يجوز للحر أن يبذله من نفسه لمن شاء.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون التصرف في منافعه على وجه الاسترقاق مما يجب المنع منه؟

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٢ - ٤٤٣.

(٢) في (ب): تجب لأمر.

(٣) في (أ): على المسلمين.

(٤) في (ب): ولو.

قيل له: قولكم التصرف على وجه الاسترقاق لا يخلو من أن يكون المراد هو التصرف في المنافع، أو القصود المضامة لذلك؛ إذ ليس هاهنا أمرٌ ثالث يعقل، والتصرف مما لا يجب المنع منه، والقصود مما لا يتأتى منا المنع منها، ولا الحمل عليها؛ لأنه يصح أن يحمل الإنسان على أن يصلي، ولا يصح، بل يتعذر أن يحمله على أن يقصد به التقرب إلى الله - عز وجل - وألا يتقرب به إلى الشيطان، فلم يبقَ تحت هذه العبارة معنى يصح.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يتصرف فيه بالبيع والانتفاع بثمنه[1]، وذلك مما يلزم المنع منه؟

قيل له: لا يصح التصرف في الحر بالبيع؛ لأن البيع قول يجري بين المتساومين، وإنما نقول: إنَّه تصرف في المبيع من جهة الحكم؛ لأنَّه نقل ملك مالك إلى مالك، فأما ما لم يكن ملكاً، ولم يصح نقله من مالكٍ إلى مالك، لا يكونُ تصرفاً فيه، ولهذا للمشهود[2] عليه أن يبذل التمكين من التصرف في منافعه لغيره، كما له أن يبذله للأول، وأكل الثمن أيضاً كذلك؛ لأنَّه ليس بثمن له؛ لأن الحر لا ثمن له؛ لأنَّه مال الغير، فإذا ثبت هذه الجملة، صح أن الشهادة /٤٣/ ليست بشهادة الحسبة، وإنما تبطل إذا تناكرها المشهود عليه وله، على أن شهادة الحقوق أكثرها يدخل فيها على سبيل التبع ما يتعلق به الحسبة، لكن لا معتبر بها، وإنما المعتبر بما تتناوله الشهادة.

قال: وإن كان المشهود عليه يعلم أنَّه قد أعتقه، لم يحل له إمساكه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

وهذا صحيح؛ لأنَّه إذا عرف من نفسه ذلك، أثم في استرقاقه فيما بينه وبين الله، وباء بوزره.

---

(١) في (ب): من ثمنه.

(٢) في (أ): المشهود.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٣.

مسألة: في تكذيب الأمة الشهادة بعتقها

قال: وإن شهدا على أمة بالعتق، فأنكرته الأمة، والمشهود عليه، ثبتت الشهادة، وعتقت الأمة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

وهذا ما لا خلاف فيه؛ لأن الشهادة قد تعلقت بالحسبة، وهي مما يسمع وإن لم يكن خصم، وذلك أنَّ ما يستبيحه السيد منها يدخل في جملتها[٢] ما يلزم المسلمين المنع منه، وحمل المرأة على المنع منه، وهو الوطء، وما دونه من سائر وجوه الاستماع؛ إذ جميع ذلك محظور أن يجري إلاَّ بين الزوج والزوجة، أو بين المالك وما ملكت يمينه، وإذا ثبتت[٣] أنها شهادة الحسبة، قُبِلت من دون خصم، كما تقبل الشهادة على الزنى، والشرب، وسائر ما يجري مجراه.

تمت، والله أعلم وأحكم بالصواب[٤].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٤٣.

(٢) في (ب): جملته.

(٣) في (أ): ثبت.

(٤) سقط ما بين المعقوفين من (ب).

باب القول في الولاء

مسألة: في بيع الولاء، ولمن يكون

الولاء لمن أعتق، لا يباع، ولا يوهب، فإن بيع، أو وهب، كان باطلاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾(الأحزاب:٥) وما روي[٢] عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من قوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[٣]. وروي: «لا يباع، ولا يوهب»[٤]. وروي عنه: «الولاء لمن أعتق»[٥]. وهذه الجملة لا خلاف فيها.

مسألة: في اشتراط البائع الولاء

قال: ولو أن رجلاً باع عبداً، و اشترط الولاء لنفسه، فأعتقه المشتري، كان الولاء لمن أعتق، وبطل الشرط.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٦].

وذلك لأن عائشة اشترت بريرة، واشترطت الولاء للبائع، فأبطل رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - شرطها، وقال: «الولاء لمن أعتق». وقد روي هذا الخبر بألفاظ مختلفة، ولم يختلف العلماء في قبوله، وإنما اختلفوا في لفظ تفرد بروايته هشام بن عروة، عن أبيه، وهو أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لعائشة:

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٧٢، والمنتخب: ١٦٩ - ١٧٠.

(٢) في (أ): ومواليكم وما ملكت، روي.

(٣) أخرجه ابن حبان ٣٧٩/١١ والحاكم ٣٧٩/٤، والبيهقي ٢٩٢/١٠، عن ابن عمر.

(٤) انظر التخريج السابق.

(٥) تقدم.

(٦) انظر: الأحكام: ١/ ٣٩٩، والمنتخب: ٢٢٦.

اشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، فقوله: «اشترطي لهم الولاء» تفرد[١] به هشام، ومن العلماء من ينكر هذه اللفظة، ويقول: إن هذا يجري مجرى الأمر بالتغرير؛ إذ في الخبر أن عائشة قالت: يا رسول الله: إنهم يأبون بيعها إلاَّ أن أشترط[٢] لهم الولاء، والنبي – صلى الله عليه وآله وسلم – منـــزهٌ عن ذلك، وقد قيل[٣]: إن هشاماً كان خولط في عقله في آخر عمره، ومنهم من لم ينكر /٤٤/ اللفظ، ولكن تأوله فقال: يجوز أن يكون قال لها ذلك على سبيل التهديد، كقوله – عز وجل-: ﴿قُلْ تَمَتَّعُوا فَإِنَّ مَصِيرَكُمْ إِلَى النَّارِ﴾(إبراهيم:٣٠)، وكقوله: ﴿وَأَجْلِبْ عَلَيْهِمْ بِخَيْلِكَ وَرَجِلِكَ﴾ (الإسراء ٦٤)، وذلك أن يكون بمعنى النهي.

قالوا: ويدل على ذلك ما روي أنَّه عليه الصلاة والسلام غضب، وصعد على المنبر فقال: «ما بال أقوام يشترطون شرطاً ليس في كتاب الله، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل». ومنهم من قال: إن تأويله اشترطي عليهم الولاء،كما قال الله – عز وجل –: ﴿وَلَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾(غافر: ٥٢)، أي عليهم، وقالوا: إن حروف الخفض كثير منها يقوم بعضها مقام بعض لتقارب معانيها، فأما حمله على الظاهر، فمما[٤] يجب أن ينـــزه عنه رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – ولا يجوز أن يُظن به، وذكر يحيى – عليه السلام – هذا الخبر في (الأحكام)[٥]، فلم يذكر هذه اللفظة، فدل ذلك على أنَّه لم يصححها.

مسألة: في جرِّ الولاء

قال: وإذا أعتق العبد، جرَّ ولاء ابنه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٦].

---

(١) في (أ): مما تفرد.
(٢) في (ب): يشترط.
(٣) في (ب): روي.
(٤) في (ب): مما.
(٥) انظر: الأحكام: ١/ ٣٩٩.
(٦) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٧٢، والمنتخب: ١٧٠.

ومعناه أن يتزوج العبد بإذن سيده، فيولد له ولد يبقى بعد موت أبيه، فيكون ولاؤه لمعتق أبيه، فيكون أبوه[1] قد جرَّ ولاءه إلى معتقه، فإن كانت أمه مولاةً لقوم، فولاؤه لمعتق أمه ما دام أبوه عبداً، فإذا أعتق، جرّ ولاءه، وإنما قلنا: إن الولاء[2] لمعتق أمه؛ لقوله[3]: «الولاء لحمة كلحمة النسب». أفاد ذلك أن له لحمة من مولى أمه؛ لأن لأمه لحمة من مواليها.

قال أبو بكر الرازي: وروى نحوه عن جماعة من الصحابة، على أنَّه لم يكُ بد من ولاء للصبي، فلما لم يوجد من قبل الأب؛ لأنَّه مرقوق، جعل ولاؤه من قبل أمه، فإن أعتق أبوه، جرّ ولاءه؛ لأن الولاء هو التعصيب، والأب أولى بالتعصيب، فصار أولى بالولاء، فجرَّه؛ لأن الضرورة التي ألحقت الولاء بالأم قد زالت؛ ولأن الولاء بالتعصيب قد حصل، واللحمة التي ذكرنا من أول المسألة إلى آخرها، بها قال أبو حنيفة، والشافعي.

وإن كان الأب مات رقيقاً، وأعتق الجد أبو أبيه، لم يجر ولاءه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وذلك أن الجد يحوز التعصيب بالأب الذي هو ابنه، فإذا لم يثبت له الولاء، لم يجره أبوه، وذلك أن الولاء كالنسب، ومعلوم أن نسباً لم يثبت للابن لا يجوز ثبوته لأبيه، فكذلك ولاؤه لم يثبت لابنه، فلا يجوز ثبوته لأبيه، وهذا لا نص فيه ليحيى بن الحسين، وإن كان قد نبه عليه بقوله في (الأحكام) وهو[4] - يعني الولاء - لحمة كالنسب.

مسألة: في أن الولاء للعصبة

قال: والولاء للرجال دون النساء، وهم العصبة الذين يحوزون الميراث دون من سواهم.

---

(١) في (ب): أباه. وهو خطأ.

(٢) في (ب): قلنا الولاء.

(٣) في (أ): بقوله.

(٤) في (ب): إذ هو.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وتفسيره أن المعتَق إذا مات، وخلف أولاد مولاه البنين مع البنات، أو إخوة مولاه مع الأخوات، كان الولاء للبنين دون البنات، وللإخوة إن لم يكن بنون دون الأخوات، وهذا مما لا خلاف فيه.

ووجهه[2]: أن النبي صلى الله عليه وآله /٤٥/ وسلم، قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[3] شبهه بالنسب، ورأينا ذوي الأنساب على ضربين: ضرب منهم الذين يقربون من الميت كالأولاد والإخوة، ووجدناهم يعصبون لقوة تعصيبهم الإناث إذا كنَّ في منـــزلتهم، وضرب يبعدون كالأعمام، ووجدناهم يضعفون عن تعصيب الإناث اللواتي في منـــزلتهم، كالعمات، وبنات العم، ووجدنا الولاء أضعف من أضعف نسب العصبات؛ لأن الميت لو كان له عم يرث، أو ابن عم، لم يرثه أهل الولاء، فلما ثبت ذلك، لم يجز أن يعصب ذكور أهل الولاء إناثهم اللواتي في منـــزلتهم، فصح[4] ما ذكرناه من أنَّه للبنين دون البنات، ولبني البنين دون بنات البنين، وللإخوة دون الأخوات.

وقلنا: إنَّه للعصبة دون من سواهم؛ لأنَّه لا خلاف فيه.

فصل: في أن الولاء لأقرب العصبة

فعلى هذا لو مات المعتَق، وترك أبا مولاه، وابنه، يجب أن يكون الولاء لابن مولاه دون أبيه، وبه قال أبو حنيفة ومحمد. قال أبو يوسف: للأب السدس وما بقي فللابن، وهذا لا معنى له؛ لأن الولاء إذا كان بالتعصيب، فلا تعصيب للأب مع الابن، وقد نبه عليه يحيى - عليه السلام - بقوله: إنَّه للعصبة دون من سواهم[5]، وقد قال - صلى

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٧٢، ٣٦٤، ٣٦٠، ٣٥٩، وانظر: المنتخب: ١٦٩

(٢) في (أ): وجهه.

(٣) في (أ): الولاء لمن أعتق، لحمة النسب.

(٤) في (ب): فيصح.

(٥) انظر المسألة السابقة.

الله عليه وآله وسلم -: «ما أبقت الفرائض، فلأولي عصبة ذكر». وعلى هذا يجيء على مذهب يحيى - عليه السلام - لو ترك جد مولاه، وأخاه، أن المال بينهما نصفين، وبه قال أبو يوسف ومحمد. قال أبو حنيفة: هو للجد، وهو بحسب الاختلاف في الجد مع الأخ، وحكي عن أصحاب الشافعي أنهم خرجوه على قولين: أحدهما أن المال بينهما، والآخر أن الأخ أولى، وهذا بعيد جداً.

فصل: في أن الولاء للكبير

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام -: الولاء للكبير.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وروى ذلك عن علي - عليه السلام - وغيره، ورواه أبو بكر الجصاص بإسناده عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- قال: «الولاء للكبير». وإن كان غير مشهور.

ومعناه ما قال يحيى: إنهم الأدنون إلى الميت، وتفسيره: معتَق مات، وترك ابن ابن مولاه، وابن مولاه، الولاء لابن مولاه، وكذلك إن ترك ابن مولاه وأخاه، (الولاء لابن مولاه)[2]، فعلى هذا الأصل[3] يجيء الباب.

مسألة: في عدم عصبة المعتِق

قال: فإن لم يكن للمعتق عصبة، وكان له ذوو السهام، أو ذوو الأرحام، جعل الولاء لهم، وهذا إذا لم يكن للعبد المعتق أحد من ذوي الأنساب.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4].

ووجهه: ما أجمعنا عليه من أن العبد إذا كانت تحته مولاة لرجل فولدت،

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٥٩، ٣٧٢، والمنتخب: ١٦٩.
(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٣) سقط من (ب): الأصل.
(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٦١، ٣٦٤.

وماتت[١]، ومات الأب رقيقاً، ثُمَّ مات الولد، أن ولاءه لمعتق أمه، ومعتق الأم أضعف حالاً من أخيها وأبيها[٢]، ألا ترى أنها لو خلفت أباها، أو أخاها، أو عمها، لم يرث مولاها مع واحد من هؤلاء، وكل واحد من هؤلاء ذو رحم /٤٦/ للولد، فمن هو أضعف حالاً منهم إذا جاز أن يحوز الولاء للضرورة، فأولى أن يحوزه للضرورة من هو أقوى حالاً منه، وهم ذوو أرحام الولد؟ فإذا ثبت ذلك فيهم، ثبت في سائر ذوي السهام وذوي الأرحام أنهم يحوزون الولاء عند الضرورة، ولعل هذا يجري[٣] في كتاب الفرائض بأكثر من هذا الشرح.

مسألة: فيما تستحقه النساء من الولاء

قال: وليس للنساء من الولاء إلاَّ من أعتقنه، أو كاتبنه، أو أعتق من أعتقنه[٤] أو جر ولاء من أعتقنه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٥].

قد مضى معنى قولنا إن النساء لا يدخلن في الولاء، وبيانه.

وقلنا: إن لهن الولاء إذا أعتقن؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الولاء لمن أعتق» وهو يعم الرجال والنساء، وروي أن ابنة لحمزة بن عبد المطلب أعتقت عبداً لها، فمات وترك ابنته، فجعل النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نصف ميراثه لابنة حمزة، ونصفه لابنة المعتَق، وروي أن عائشة لما اشترطت الولاء لمن باع، قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الولاء لمن أعتق». فجعل الولاء لها، وإذا ثبت أنها تستحق الولاء لما ذكرنا، وللإجماع، صارت بمنـــزلة العصبة لمن أعتقه، فوجب أن يكون لها ولاء من أعتق من أعتقنه، وجر ولائه؛ لأنها مع من أعتقنه قد صارت في حكم الرجل في استحقاق ولائه.

---

(١) في (أ): وماتت الأم، ومات.
(٢) في (أ): وابنها.
(٣) لعله: يجيء.
(٤) في (أ) أعتقه.
(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٧٢، والمنتخب: ١٧٠.

مسألة: في الحربي والذمي يسلمان على يد مسلم

قال: وإذا أسلم الحربي على يدي مسلم، كان المسلم مولاه، ووارثه[1] دون من سواه، إلاَّ أن يكون له ورثة من المسلمين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

والأصل فيه قول الله - عز وجل-: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ (النساء: ٣٣)، فأوجب الولاء بالعقد، وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - سئل عن رجل أسلم على يدي رجل، فقال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته»[3]. والحربي لا ذمة له، وليس له بأحد من المسلمين اختصاص، فإذا أسلم على يدي مسلم، اختص به، وصحت معاقدة ولائه معه؛ إذ هو أولى الناس به إن لم يكن للحربي وارث بسبب[4] مسلم؛ لأنَّه لو كان له وارث بسبب مسلم، فهو يكون اختص به ممن والاه، سواء كان الوارث ذا سهم، أو ذا رحم، أو عصبة.

قال أبو حنيفة: الحربي، والذمي سواء في صحة ثبوت ولائهما، وعند الشافعي لا يثبت ولاء واحد منهما.

قال: فإن أسلم الذمي على يده، لم يستحق أن يرثه، ويكون إرثه مصروفاً إلى بيت مال المسلمين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[5].

وذلك أن ذمته للمسلمين بأجمعهم، وصار اختصاص من أسلم على يده كاختصاص غيره من المسلمين فلم يستحق ولاءه؛ ألا ترى أنَّه لو مات ولا وارث له،

---

(١) في (أ): وورثه.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٥١٢.

(٣) أخرجه البخاري ٢٤٨٣/٦، والحاكم ٢٣٩/٢، والترمذي ٤٢٧/٤، والدارمي ٤٧١/٢، وأبو داود ١٢٧/٣، وابن ماجة ٩١٩/٢، عن تميم الداري.

(٤) في (ب): نسب.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٥١٣.

كان ماله لبيت مال المسلمين؟ وليس كذلك الحربي؛ لأن ماله في /٤٧/ حياته ومماته لمن يحوزه، الفرق بينهما أن الحربي استنقذه من سبب الاسترقاق، فكان كالمعتق، والذمي لا يجوز استرقاقه، فلم يصح أن يستنقذ [١] منه، فلم يشبه المعتق، فوضح الفرق بينهما.

---

(١) في (أ): يستنقذه.

كتاب

الأيمان والكفارات

باب القول في الأيمان

مسألة: فيما تصرف اليمين إليه

الأيمان تصرف إلى النيات بعد أن يكون اللفظ مطابقاً لها في مجاز، أو حقيقة، فإن لم تكن نية، وكان للَّفظ عرف، صرف إلى العرف، فإن لم يكن عرف، صرف إلى صريح اللغة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

قلنا: إن الأيمان تصرف إلى النيات؛ لأن النيات هي القصود[٢] والإرادات، ووجدنا الألفاظ تقع مواقعها، وتفيد فوائدها بحسب ما يضامها من القصود، والقصود لا تتغير أحوالها بحسب الألفاظ، بل تتغير أحوال اللفظ بحسب القصود؛ لأن الخبر يتعلق بالمخبر بحسب القصد، وكذلك الأمر يكون أمراً بالقصد، ويصير العام خاصاً بالقصد، ويصير الخاص عاماً بالقصد، وتصير الحقيقة مجازاً، ويفيد المجاز فائدة الحقيقة بالقصد، فلما وجدنا للقصود والإرادات - وهي النيات - هذا الحكم مع الألفاظ، قلنا: إن ألفاظ[٣] الأيمان يجب أن تحمل على النيات.

واشترطنا أن يكون اللفظ مطابقاً لها في حقيقة، أو مجاز؛ لأن الإرداة تؤثر في اللفظ إذا كانت الصورة هذه؛ ألا ترى أنَّه لو قال: شربت الماء، وهو يريد دخل زيد الدار، لم تؤثر فيه الإرداة، و لم يتعلق الخبر بدخول زيد الدار؟ فوجدنا[٤] العرف أقوى من أصل اللغة؛ لأن الغائط في أصل اللغة هو اسم المكان[٥] المطمئن، وصار بالعرف اسماً لقضاء الحاجة المخصوصة، وكذلك الدابة اسم في اللغة لكل ما تدب، ثُمَّ صار

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨٠، والمنتخب: ١٧١، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦.

(٢) في (ب): المقصود.

(٣) في (أ): الألفاظ.

(٤) في (ب): ثم وجدنا.

(٥) في (ب): للمكان.

اسماً للبهيمة المخصوصة، والنــزهة اسم للتباعد، وصار[١] بالعرف اسماً للحركة التي يطلب الإنسان بها الاستراحة والأنس، حتى صار لا يعقل بإطلاق هذه العبارات إلاَّ ما تفيده عرفاً، دون ما تفيده لغة، وصار ما تفيده لغة[٢] في حكم المجاز؛ لأنَّه لا يعرف إلاَّ بدليل يقارنها[٣]، ولا يعرف بالإطلاق إلاَّ ما يفيده عرفاً، فلذلك قلنا: إن ألفاظ الأيمان إذا لم تكن معها نية، وجب صرفها إلى العرف لما بيناه، وقد قام مقام الحقيقة، ولا إشكال في أنها يجب صرفها إلى الحقيقة دون المجاز، فإذا لم يكن عرف، ولا نية، وجب حملها على صريح اللغة؛ لأنَّه /٤٨/ موضوع الإفادة، فيجب أن تجعل فائدة ما أفادته في الموضع.

قال: ويعتبر فيها عرف القوم الذين يكون الحالف منهم.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

وذلك أن العرف ربما لم يكن للجميع، واختلف فيه الناس، فوجب أن يحمل الحالف على عرفه دون عرف غيره، وعرفه هو عرف قومه دون من سواهم، ولسنا نريد بقولنا قومه، أهل نسبه أو حارته، وإنما نريد القوم الذين نشأ فيهم، وأخذ عادتهم، ونطق بلغتهم؛ لأن اللغات ليست بحسب المواليد والانتساب، وإنما هي بحسب النشوء، والعرف[٥] يتعلق بالنشوء لا بالنسب، وهذه الجملة لا أعرف فيها خلافاً، وإن اختلف في تفاصيلها.

مسألة: في النية متى تكون للحالف أو المحلف

قال: وإذا حلف رجل لرجل بحق يلزمه، كانت[٦] النية نية المحلف، وإن حلف من غير حق يلزمه، فالنية نية الحالف.

---

(١) في (ب): ثم صار.
(٢) سقط من (ب): وصار ما تفيده لغة. وظنن عليها.
(٣) في (ب): يقارنه.
(٤) انظر: المنتخب: ١٧٦.
(٥) في (أ): النشوء العرف.
(٦) في (ب): كان.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

حكى نحوه أبو الحسن الكرخي، عن أصحابه.

وجه قولنا: إن من حلف بحق يلزمه، فالنية نية المحلف: أنا لو جعلنا النية فيه نية الحالف، أمكن لكل[٢] من حلف على حق يلزمه أن ينوي غير ما يظهره، فلا يحنث، وإن كان كاذباً في قوله، فكان يؤدي ذلك إلى أن[٣] تبطل الحقوق من غير أن يحنث في يمينه، وكان لا تكون فائدة في قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «واليمين على المدعى عليه».فلما كان ذلك كذلك، قلنا: إن النية نية المحلف، وإنه متى حلف على باطل، لزمه الحنث، وإن نوى خلاف الظاهر.

فأما إذا حلف من غير حق يلزمه فله نيته؛ لأن المؤثر في لفظه هو قصده دون قصد غيره.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأكل لحماً فأكل كبداً أو كرشاً

قال: ولو أن رجلاً حلف ألا يأكل لحماً، فأكل كبداً، أو كرشاً، أو لحم قنفذ، كان حانثاً إن نوى ذلك، وإن كانت يمينه مبهمة، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

قال الشافعي مثل قولنا في الكبد والكرش، وقال أبو حنيفة: يحنث فيهما، ولا أدري قوله في القنفذ.

ووجه قولنا إنّه لا يحنث إن أبهم يمينه: أن هذه الأشياء على الإطلاق، بدلالة أن من دفع إلى عبده درهماً، فأمره أن يشتري به لحماً، لم يجز أن يشتري به كبداً، ولا كرشاً، ولا لحم قنفذ، فإذا كان الإطلاق على ما ذكرنا، ووصفنا، وجب أن تحمل اليمين

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨٠، والمنتخب: ١٧٩.

(٢) في (أ): كل.

(٣) في (أ): ذلك أن.

(٤) انظر: المنتخب: ١٧١.

عليه، على أن أبا حنيفة لا يخالف أن من قال: والله لا آكل الرؤوس، فأكل رؤوس العصافير، أنّه لا يحنث، (وإن كانت في الحقيقة رؤوساً، فكذلك ما اختلفنا فيه)[١]؛ لأن الإطلاق لا يتناوله، فأما إذا قصد ذلك بنيته، فإن هذه الأشياء من جنس اللحم، فإذا صح قصده بالنية، واللفظ محتمل له، لزمه؛ لأن الإطلاق وإن لم يتناولها، فليس /٤٩/ يمتنع أن يُعبَّر عنها باللحم.

مسألة: فيمن حلف ألا يَشْتَري شيئاً فيُشْتَرى له

قال: وإن حلف ألا يشتري لحماً، فاشتُرِي له - بأمره، أو بغير أمره - وكان الحالف ممن لا يشتري اللحم بنفسه، حنث.

قال الشافعي: لا يحنث ما لم يتولَّ ذلك بنفسه، سواء كان ممن يفعل ذلك بنفسه، أو بغيره، وإن كان ممن يشتري بنفسه، كان الأمر فيه على ما نوى، وذلك أن من عادته ألا يشتري اللحم بنفسه، فإن يمينه تناولت حصول الشراء له[٢]؛ لأن قوله اشتريت، أو لم أشتر، يوجب العرف، أو يكون مراده حصول الشراء له، فمتى حصل الشراء له، حنث، وإن اشتري له بغير أمره، فلم يجز الشراء، يجب ألا يحنث، ويحتمل أن يحنث أيضاً؛ لأن يمينه يحتمل أن تتناول أيضاً[٣] ألا يشتري له من جهة العرف، والأول هو الأصح، فأما إذا كان ممن يشتري بنفسه، فإنه لا يحنث إن اشتري له؛ لأن عرفه ألا يقول: اشتريت، إلاَّ إذا تولى ذلك بنفسه، إلاَّ أن يكون نوى ألا يحصل له الشراء، فيلزمه نيته.

مسألة: فيمن حلف ألا يشتري لحماً وأكل لحماً كان عنده

قال: وإن حلف ألا يشتري لأهله لحماً، وعنده شاة اشتراها قبل اليمين، فذبحها، وأكل منها أهلُه، أو كان عنده لحمٌ اشتراه قبل أن يحلف، فأكلوا منه، لم يحنث، إلاَّ أن يكون نوى ألا يأكلوا لحماً.

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) سقط من (ب): له.

(٣) سقط من (ب): أيضاً.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وذلك أن ظاهر يمينه تتناول الشراء، فإذا لم يقع الشراء، لم يحنث، إلاَّ أن يكون نوى ألا يحصل لهم اللحم، أو لا يطعمهم، فإنه يحنث؛ لأنَّه لا يستحيل أن يريد ذلك بقوله: لا يشتري[٢] على سبيل المجاز، (وقد بينا أن النية تعمل في اللفظ إذا جاز أن تناول المنوي على سبيل المجاز)[٣]، وإن كان المجاز بعيداً بعد أن يكون محتملاً.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأتدم بإدام

قال: وإن حلف ألا يأتدم بإدام، فأكل الخبز بشواء، أو دهن، أو خل، أو مرق، أو بصل، أو ما أشبه ذلك مما يؤكل به الخبز، حنث، وإن أكل بالملح[٤]، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥].

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف: الإدام ما يصطنع به، والملح إدام، واللحم والشواء ليس بإدام.

قال محمد: كل شيء الغالب عليه أن[٦] يؤكل بالخبز، فهو إدام، مثل قولنا.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن العرف بين الناس في الإدام هو ما يؤكل به الخبز ما عدا الماء، والملح؛ لأن من قال: اشتر لي إداماً، فاشترى له ماء وملحاً، كان مخالفاً للعرف[٧]، وإذا اشترى ما يؤكل به الخبز غالباً، كان ممتثلاً، وقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فيما روي عنه: «سيد الإدام اللحم»[٨]. وروي عنه أنَّه وضع تمرة

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧١.
(٢) في (ب): لا أشتري.
(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٤) في (أ): بالملح والماء.
(٥) انظر: المنتخب: ١٧١.
(٦) في (ب): أنه.
(٧) في (ب): عرفاً.
(٨) أخرجه الطبراني في الأوسط ٢٧١/٧ عن بريدة، بلفظ: سيد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم، وابن ماجة ١٠٩٩/٢ عن أبي الدرداء، بلفظ : سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة اللحم.

على لقمة وقال: «هذه إدام لهذه»[١]. والاسم قد صح أنَّه يتناول ما ذهبنا إليه، والعرف مقصور عليه، فلا وجه لمخالفته.

قالوا: الإدام في اللغة هو الجمع، يقال: أدم الله بينكما، أي جمع بينكما، وليس كل جمع يكون إداماً؛ لأنَّه لو جمعت لقمة إلى /٥٠/ لقمة، لم يكن إداماً، والإدام هو ما يجمع إلى الخبز فيصير[٢] مستهلكاً (فيه، كالخل والملح.

قيل له: أول ما في هذا أن الملح لا يصير مستهلكاً)[٣] في الخبز؛ لأنَّه متميز عنه، ويمكن أن يفرق بينهما بالنفض، والمسح، على أن ما ذكرتم تحكم، وليس من حكم اليمين أن يحمل على الاشتقاق، وإنما يحمل على العرف، لا خلاف فيه بيننا وبينهم، فإذا كان العرف ما بيننا، سقط جميع ما تعلقوا به، وما تبين[٤] العرف فيما ذكرنا أن من يبيع البيض والجبن وما أشبههما[٥] يسمى أدَّاماً، فصح ما ذهبنا إليه.

مسألة: في تحول الشيء الذي تعلقت به اليمين

قال: ومن حلف ألا يأكل من هذا اللبن، فصُيِّر شيرازاً، أو إقطاً[٦]، أو جبناً، أو مصلاً، ثُمَّ أكل، حنث، وكذلك إن حلف ألا يأكل (هذا التمر، فصُيِّر خلاً، أو رُباً، ثم أكل، حنث، وإن حلف ألا يأكل)[٧] لبناً، فأكل إقطاً، أو شيرازاً، أو مصلاً، أو جبناً، لم يحنث، أو أكل زبداً، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٨].

---

(١) أخرجه البيهقي ٦٣/١٠، وأبو داود ٢٢٥/٣، والطبراني في الكبير ٢٨٦/٢٢، وأبو يعلى ٤٨١/١٣، عن يوسف بن عبدالله بن سلام، إلا أن أبا يعلى قال: عن أبيه.

(٢) في (ب): ويصير.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٤) في (ب): ومما يبين.

(٥) في (ب): أشبهها.

(٦) في (أ): أو قطاً.

(٧) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٨) انظر: المنتخب: ١٧١، ١٧٦.

اعلم أن الذي يجب أن يحصل في هذا هو أن ينظر إلى متعلّق اليمين، فإن كان لليمين متعلَّق بمسمى لكونه على صفة، فاليمين تُعلّق به ما دام على تلك الصفة، وذلك مسمى على تلك الصفة، ومتى خرج عن تلك الصفة، لم تتعلق اليمين به، ولا يقع الحنث، وذلك نحو أن يقول: والله لا أكلم شاباً، فإنه يحنث إذا كلم كل شاب، ومتى[١] خرج عن كونه شاباً، لم يحنث إن كلمه؛ لأن الصفة التي لها تعلق باليمين[٢] به قد زالت، فكذلك[٣] لو قال: لا أهب للرضيع شيئاً، فأي[٤] رضيع وهب له شيئاً، حنث، ومن خرج عن حد الرضاع، لم يحنث إذا وهب له؛ لأنّه يكون قد خرج عن الصفة التي تعلقت اليمين بها، فإذا ثبت ما بينا، صح ما ذهبنا إليه من أنّه إذا قال: والله لا آكل لبناً، فأكل إقطاً، أو شيرازاً، أو مصلاً، أو جبناً، لم يحنث؛ لأن اللبن إذا جعل هذه الأشياء، فقد خرج عن كونه لبناً، وزالت الصفة التي بها تعلقت اليمين، وكذلك إذا حلف ألا يأكل سمناً، فأكل زبداً، لم يحنث؛ لأن الزبد ليس بصفة للسمن[٥]، واليمين بالسمن تعلقت.

فأما إذا تعلقت اليمين على عين، ووصفت العين بصفة، ودخلت الصفة للتعريف القائم مقام الإشارة، و لم تتعلق اليمين بالصفة، فإن اليمين متعلقة بتلك العين أبداً، أو يقع الحنث فيها، وذلك كأن يحلف أنّه لا يكلم هذا الشاب - لشاب بعينه - ألا ترى أن اليمين تعلقت بعينه، وذكر[٦] الشاب دخل فيه على سبيل التعريف، لا لأن تتعلق اليمين به[٧]؟ فمتى كلمه، حنث، في حال شبابه، أو بعد شيخوخته، وكذلك إذا حلف ألا يهب لهذا الرضيع شيئاً، وأشار إلى رضيع بعينه؛ لأنّه علق اليمين على شخصه، وأدخل الوصف له بالرضاع للتعريف، فمتى وهب له شيئاً في حال رضاعه،

---

(١) في (ب): من.
(٢) في (ب): اليمين.
(٣) في (ب): وكذلك.
(٤) في (ب): فكل.
(٥) في (أ): السمن.
(٦) في (ب): وذلك.
(٧) سقط من (أ): به.

أو بعد فطامه، أو في حال /٥١/ شيخوخته، حنث، فإذا ثبتت هذه الجملة، صح ما قلنا من أنَّه إذا حلف ألا يأكل هذا اللبن، أو من هذا اللبن شيئاً، فصير شيرازاً، أو إقطاً، أو مصلاً، أو جبناً، ثُمَّ أكل، حنث؛ لأن يمينه تعلقت على تلك العين، والعين هي هو، وإنما تغيرت صفاته، وهكذا إن حلف ألا يأكل هذا التمر، فصير خلاً، أو رُبّاً، حنث؛ للوجه الذي بيناه.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأكل التمر، فأكل الرطب

قال: وإن حلف ألا يأكل التمر، فأكل الرهو[1]، أو الرطب، حنث، إلاَّ أن يكون نوى التمر اليانع[2] اليابس، فلا يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

ووجهه: أن (اسم التمر يتناول الرطب والرهو، كما أن اسم العنب يتناول الحصرم واليانع، فوجب أن يحنث فيه، فإن كان نوى اليانع منه، كان على ما نوى؛ لما بيناه أن)[4] النية أقوى في هذا الباب، وأن اللفظ يجب أن يحمل عليها على ما سلف القول فيه.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأكل اللحم، فأكل الشحم

قال: وإن حلف ألا يأكل اللحم، فأكل الشحم، حنث إن كانت اليمين مبهمة، فإن استثنى الشحم بنيته، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[5].

وذلك أن إطلاق اللحم يشتمل على اللحم والشحم، بدلالة أن من اشترى اللحم

---

(١) في (أ): الزهو.

(٢) في (ب): البالغ. وظنن على: اليانع.

(٣) انظر: المنتخب: ١٧١.

(٤) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٥) انظر: المنتخب: ١٧٥.

لم يمكنه أن يرد منه الشحم، وكذلك وكيله إذا اشترى الشحم على[١] اللحم، صح ذلك، والعرف جار في أن يعد الشحم من اللحم، والإطلاق يتناولهما[٢]، إلاَّ أن يكون استثنى بنيته الشحم، فإنه لا يحنث؛ لأَنَّه يكون[٣] تخصيصاً، فتقع اليمين خاصة للَّحم دون الشحم، وعند[٤] الشافعي لا يحنث، وعند أبي حنيفة يحنث مثل قولنا، إلاَّ في الأَلْيَة[٥] وشحم البطن.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأكل الرؤوس، فأكل رؤوس الطير

قال: وإن حلف ألا يأكل الرؤوس، فأكل من رؤوس الطير، أو ما أشبهها، لم يحنث، إلاَّ أن يكون نواها الحالف.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦].

ما قلناه من أنَّه لا يحنث بأكل رؤوس الطير وما أشبهها، قال به أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، ولا خلاف أنَّه يقع على رؤوس الغنم، واختلفوا في رؤوس البقر، والإبل، فقال أبو حنيفة: يقع على رؤوس البقر، قال أبو يوسف، ومحمد: لا يقع إلاَّ على رؤوس الغنم خاصة، قال الشافعي: يقع على رؤوس البقر، والإبل.

ووجه ما ذهبنا إليه : أن العرف في كل الرؤوس لا يقع على رؤوس العصافير، والسموك، ونحوها، والأيمان تتبع العرف على ما بينا، فإن كان نواها، تناولها اللفظ للنية، فيحنث، فأما رؤوس البقر والإبل، فلا نص فيه عن أصحابنا، لكن الواجب فيها أن يحمل كل قوم على عرفهم وعاداتهم.

---

(١) في (ب): مع.

(٢) في (ب): يتناولهما جميعاً.

(٣) في (أ): لا يكون.

(٤) في (ب): عند.

(٥) الأَلْيَةُ: العجيزة أو ما رَكِبَ العجز من شحم ولحم. القاموس المحيط ١١٥٩.

(٦) انظر: المنتخب: ١٧٥.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأكل خبزاً فأكل فتيتاً

قال: وإن حلف ألا يأكل الخبز، فأكل فتيتاً، حنث، فإن شرب سويقاً، أو استف دقيقاً، أو أكل عصيدة، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

قلنا: إنَّه يحنث بأكل الفتيت؛ لأن الفتيت هو الخبز المدقوق، واسم الخبز يتناوله، فأما السويق، والدقيق، والعصيدة، فإن اسم الخبز لا يقع على شيء منه، فوجب ألا يقع الحنث في أكل شيء منه.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يأكل طعاماً، فشرب سويقاً

قال: وإن حلف ألا يأكل طعاماً، فشرب السويق[٢]، أو غيره مما له ثقل يغذو، حنث، وإن شرب نحو الجلاب[٣]، والسكنجبين، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

معنى قوله: «ثقل يغذو». أراد به أن يكون ثخيناً يحتاج إلى /٥٢/ ضرب من تقليبه في الفم ومعالجته ليبلعه؛ لأنَّه إذ ذاك يكون طعاماً، فيكون ما فعله أكلاً، فإن كان السويق يسيراً، كأن يكون كالمستهلك في الماء، لا يجب أن يحنث؛ ألا ترى أن من حلف ألا يأكل الطين، فشرب[٥] ماء المدود، لم يحنث؟

فأما الجلاب والسكنجبين إذا شربهما، فإنه لا يحنث؛ لوجهين:

أحدهما: أنهما شرابٌ، وليسا بطعام.

والثاني: أنَّه شربهما، و لم يأكلهما، ويمينه وقعت على أكل الطعام.

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧٥.

(٢) في (أ): فشرب من السويق.

(٣) الجُلاَّب: ماء الورد، معرَّب. القاموس المحيط ٧٧.

(٤) انظر: المنتخب: ١٧٢.

(٥) في (أ): فشربت.

مسألة: فيمن حلف ألاَّ يأكل شيئاً، فأكل نصفه

قال: فإن[١] حلف ألا يأكل رمانة، فأكل نصف رمانة، فإنه لا يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

وذلك أن عرف الناس في مثل هذا أنهم يقصدون المقادير دون ما عداها، فإن أطلق اليمين، فهو على[٣] مقدار رمانة، سواء كان ذلك من رمانة واحدة، أو أكثر، فإن كان نوى[٤] رمانة بعينها، فهو على ما نوى.

مسألة: فيمن حلف ألاَّ يأكل الفاكهة

قال: وإن حلف ألا يأكل الفاكهة، فأكل عنباً، أو رماناً، أو قثاءً، أو لوزاً، أو خربزاً، أو بطيخاً، أو مشمشاً، أو خوخاً، أو تيناً، أو لوبيا، أو عناباً، أو جوزاً، أو لوزاً، أو عنبروداً، حنث، سواء أكل ما أكله من ذلك رطباً، أو يابساً، وكذا القول فيما أشبه ذلك مما يتأتى[٥] في الأوقات، ويستطرفها الناس، ويتفكهون بها.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦].

اعلم أن الفاكهة اسم لكل[٧] ثمرة جرت العادة بأن تؤكل على سبيل التنقل على غالب الأحوال دون نادرها، وإلى هذا أشار يحيى بن الحسين[٨] - عليه السلام - بقوله: «تأتي في الأوقات فيستطرفها الناس، ويتفكهون بها»[٩]. ورأى هذه الأشياء

---

(١) في (أ): وإن.
(٢) انظر: المنتخب: ١٧٥.
(٣) في (ب): فإذا أطلق اليمين على.
(٤) في (أ): كان ما نوى.
(٥) في (ب): يأتي.
(٦) انظر: المنتخب: ١٧٤.
في (أ): ويتفكهون بها. مسألة.
(٧) في (ب): الفاكهة لكل.
(٨) سقط من (ب): ابن الحسين.
(٩) انظر: المنتخب: ١٧٤.

التي ذكرناها هذه[١] حكمها، فحكم بأنها فواكه، وليس يبعد أن تكون أحوال[٢] البلدان تختلف في ذلك، فرب شيء يكون فاكهة عند قوم، إداماً عند آخرين، فيجب أن يحمل كل حالف[٣] على عرف قومه في بلدانه، وقد نص على ذلك يحيى بعد هذه المسألة عند ذكر الفاسد[٤].

فأما ما يستدل به من يريد نصرة أبي حنيفة في قوله: إن العنب والرمان ليسا بفاكهة؛ لقول الله تعالى حين عطف الفاكهة على العنب بقوله: ﴿فَأَنبَتْنَا فِيهَا حَبّاً وَعِنَباً وَقَضْباً وَزَيْتُوناً وَنَخْلاً وَحَدَائِقَ غُلْباً وَفَاكِهَةً وَأَبّاً﴾(عبس:٢٦-٣١)، وعطف الرمان على الفاكهة في قوله: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾(الرحمن:٦٨)، والشيء لا يعطف على نفسه، وإنما يعطف على غيره، فقد أبعد على طريقة أبي حنيفة؛ لأنَّه لا يحمل الأيمان على ألفاظ القرآن، وإنما يحملها[٥] على العرف؛ ألا ترى أنَّه يقول: من حلف ألا يأكل لحماً، فأكل سمكاً، لم يحنث، وقد قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً﴾(النحل:١٤) فلم يعتبر ذلك، واعتبر العرف؟ وكذلك يقول: إن اللؤلؤ ليس من الحلية، وقد قال الله سبحانه: ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ فلم يعتبر ذلك، واعتبر العرف، وهو الصحيح، ألا ترى أنَّه لا خلاف أن من حلف ألا يشتري دابة فاشترى هراً، لم /٥٣/ يحنث، وإن كان الله - عز وجل - سمى كل ما يدب دابة، بقوله: ﴿وَمَا مِن دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاَّ عَلَى اللهِ رِزْقُهَا﴾(هود: ٦)، لما كان الاسم قد صار من جهة العرف لهذه البهيمة المخصوصة؟ فكذلك ما اختلفنا فيه، على[٦] أن أكثر ما في ذلك أن نصرف الآية عن ظاهرها ونقول: إن فيها إضماراً، وتقديره كأنه - عز وجل- قال: ﴿وَحَدَائِقَ غُلْباً﴾ وغير ذلك مما يكون فاكهة،

---

(١) في (ب): هذا.
(٢) في (أ): أموال.
(٣) في (أ): يحمل على حالف.
(٤) انظر: المنتخب: ١٧٤.
(٥) في (أ): يعملها.
(٦) في (أ): اختلفنا على.

وتقدير قوله: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾، فيهما فاكهة ومنها نخل ورمان، ويستدل على ذلك بالعرف، ومثله قد ورد في ذكر الملائكة والأنبياء مما هو مشهور.

قال: وإن أكل التمر، والرطب، والباقلاء، لم يحنث، وإن أكل الفانيد، والسكر، وكان الحالف من أهل اليمن، حنث؛ لأنهما عندهم من الفواكه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

أما الباقلاء، فلا إشكال في أنَّه[٢] ليس من الفواكه، والأقرب أنهم رجعوا في ذلك إلى العرف الذي عرفوه من عادات بلدانهم، وعُرْف أوطانهم، فيجب[٣] أن يعتبر عرف الحالف في ذلك؛ إذ العرف فيه مما يختلف، وعلى هذا يجري الكلام في الفانيد، والسكر، فقد ذَكَر أنهما عند أهل اليمن كذلك؛ لما عرف من عاداتهم وعرفهم، ولا فرق بين الرطب واليابس في جميع ذلك؛ لأن الرطب يعد في الفواكه الرطبة، واليابس يعد في الفواكه اليابسة، والذي نعرف من عادات ديارنا أن الفاكهة اسم لثمار الأشجار خلا الجوز اليابس، فإنه إدام، وخلا البطيخ، فإنه وإن لم يكن من ثمار الأشجار يعد فاكهة، وشيء معمول يحمل من خراسان يقال له قرابة يعد من الفاكهة اليابسة.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يلبس أهله حلياً فلبست خاتماً

قال: وإن حلف ألاَّ يلبس أهله حلياً، فلبست الخاتم، لم يحنث، وإن لبست اللؤلؤ، والدر، والزبرجد، والياقوت، وما أشبه ذلك، يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

ووجهه: أن الحلي محرم على الرجال، والخاتم حل لهم، فثبت أنَّه ليس من الحلي،

(١) انظر: المنتخب: ١٧٤.
(٢) في (أ): إشكال أنه.
(٣) في (أ): ويجب.
(٤) انظر: المنتخب: ١٧٦.

على أنَّه لا يسمى حلياً على وجه من الوجوه، فوجب ألا يقع به الحنث، قال أبو حنيفة: الخاتم إذا كان من فضة لا يكون حلياً، فأما اللؤلؤ، فإنه ذهب إلى أنَّه ليس بحلي، ولا أعرف لقوله وجهاً، فإنه إن كان من طريق الاسم، فالله - عز وجل - قد سماه حلياً بقوله - عز وجل -: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾(فاطر: ١٢)، وقال: ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤاً﴾(فاطر: ٣٣). وإن كان من جهة العرف، فلا نعرف قوماً لا يَعُدّون اللؤلؤ، والياقوت، والزبرجد، من أشرف الحلي، وأعلاه طبقة، خلا ما يكون من الياقوت فصاً، قال أبو يوسف ومحمد: اللؤلؤ حلي.

قال: وإن لبست الجزع، وما يعمل من القوارير والحجارة، أو ما أشبه ذلك، لم يحنث إن كان الحالف من /٥٤/ أهل المدن، وإن كان الحالف من أهل البادية والسواد، حنث؛ لأنهم يعدون ذلك من الحلي، وذلك للعرف؛ لأن عرف أهل المدن أنهم لا يعدون ذلك من الحلي، وعرف أهل السواد والبادية أنهم يعدونه[1] من الحلي، والأيمان محمولة على العرف على ما بيناه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

مسألة: فيمن حلف ألا تخرج زوجته من الدار

قال: ولو أن امرأة توجهت للخروج من دارها، فحلف زوجها ألا تخرج، فرجعت، وجلست ساعة، ثُمَّ خرجت، حنث الرجل إن كانت عادته معها المنع لها[3] من الخروج من الدار، وإن كانت عادته معها بخلاف ذلك، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4].

وذلك أن عادته إذا خرجت أن يكون منعها عن الخروج إذا احتاج إليها بعد ساعة، أو نحوها، وجب أن تحمل اليمين عليها؛ لأنَّ العرف والعادة في اليمين

(١) في (أ): والبادية يعدونهم.
(٢) انظر: المنتخب: ١٧٦.
(٣) سقط من (ب): لها.
(٤) انظر: المنتخب: ١٧٦.

كالمنطوق به، فيجري ذلك مجرى أن يكون حلف ألاَّ تخرج في ساعتها تلك، وإذا قعدت، و لم تخرج في تلك الساعة، لم يحنث إن خرجت بعد ذلك؛ ألا ترى أن من حلف ألا يخرج ضيفُه من داره، لم يحمل ذلك على التأبيد، وإنما يحمل على ما جرت به العادة من ذلك الضيف أن يختص عند ذلك المضيف؟ كذلك ما ذكرناه، فإن كانت عادة الرجل أن يمنعها على الدوام عن الخروج، وكان خروجها ذلك ندراً، فحلف ألا تخرج، فجلست ساعة، ثُمَّ خرجت، حنث؛ لأن ذلك يقتضي التأبيد، وليست هناك عادة يجب قصر اليمين عليها.

مسألة: فيمن طلق امرأته الراكبة إن ركبت

قال: ولو أن رجلاً قال لامرأته وهي راكبة: أنت طالق إن ركبت هذه الدابة، فنــزلت في الحال، فلا حنث عليه، وكذلك إن لبثت قليلاً عليها وهي في أهبة النــزول وحركته، ثُمَّ نــزلت، فلا حنث عليه، فإن لبثت بعد ذلك، حنث، وكذا القول[1] إن قال لها وهي لابسة ثوباً: أنت طالق إن لبست هذا الثوب.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، وحكى أبو بكر الجصاص عن زفر قد حنث في يمينه عقيبها؛ لأنها حصلت لابسة بعد عقد اليمين إلى أن حصل النــزع.

والأصل فيه أن الركوب اسم للابتداء والاستمرار، وكذلك نقول: لبس إذا ابتدأ اللبس، وإذا استمر. (يدل على ذلك اللبس؛ أنا نقول: ركب إذا ابتدأ الركوب وإذا استمر)[3]، وكذلك نقول: فلان ركب من الغداة إلى العشي، وركب من موضع كذا إلى موضع كذا، وإن كان الابتداء مرة واحدة، ونقول: لبس فلان قميصه كذا يوماً، وإن كان اللبس مرة واحدة، فإذا ثبتت هذه الجملة، فمن قال لامرأته: أنت طالق (إن

---

(١) في (أ): وكان القول.

(٢) انظر: المنتخب: ١٧٦.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

ركبت هذه الدابة، وهي راكبتها، فكأنما قال أنت طالق إن استمررت)[1] على ركوبها، وهكذا اللبس، فإذا نــزلت في الحال، أو أخذت في أهبة النــزول، لا تكون استمرت على الركوب، فيجب ألا يقع الحنث، وإذا لبثت، فقد استمرت على الركوب، فيجب أن يقع الحنث، وهكذا القول في اللبس، وهذا التحصيل يبطل ما ذهب إليه زفر؛ لأنها وهي آخذة في أهبة /٥٥/ النــزول، أو نازلة، لا تكون مستمرة على الركوب، واليمين تناولت الاستمرار، وعلى هذا يجب أن يكون الكلام في من قال لزوجته وهي ساكنة داراً: أنت طالق إن سكنتيها؛ لأنَّه يقال: سكن إذا ابتدأ السكنى وإذا استمر عليها، فأما الدخول، فهو مخالف لهذا عند أبي حنيفة وأصحابه، وهو الصحيح؛ لأن الدخول اسم للابتداء فقط، فإذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت هذه الدار[2]، فأقامت، لم يحنث؛ لأن المقام لا يسمى دخولاً، وإنما يقع الحنث إذا خرجت، ثُمَّ دخلت بعد ذلك، وهذا ذكرناه لأصحاب الشافعي على قولين.

مسألة: فيمن حلف ألا يدخل داراً فدخلها بعد تبديلها

قال: ولو أن رجلاً حلف ألا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما هدمت، وجعلت صحراً، أو بستاناً أو حماماً، أو مسجداً، أو غير ذلك، لم يحنث إن كانت يمينه مبهمة، وإن كان نوى العرصة، حنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

قال أبو حنيفة: إن دخل وقد صارت عرصة، حنث، وإن دخل وقد جعلت بستاناً، أو حماماً، أو مسجداً، أو غير ذلك، لم يحنث. قال الشافعي: لا يحنث إن دخلها وهي عرصة.

والأصل في هذا: أن تعلق اليمين ليس هو بالعرصة على الإطلاق، وإنما هو العرصة إذا كانت على صفة، وهي صفة الدار، وإذا انهدمت، وزالت حوائطها، وصارت

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) في (ب): دخلت الدار.

(٣) انظر: المنتخب: ١٧١.

عرصة، خرجت عن أن تكون بصفة الدار، وزال الاسم لزوال الصفة، فلم تتناولها اليمين، فلم يجب أن يحنث بدخولها.

فإن قيل: الاسم باق وإن تهدمت.

قيل له: هذا غير مسلم، ولو سميت العرصة داراً، لكانت خيام بني أسد كلها تسمى دوراً، وهذا لا معنى له.

فإن قيل: فالعرب قد سمت الدور التي تهدمت وعَفَتْ رسومها دوراً وديارًا، وقد كثر ذلك في أشعارها وأخبارها.

قيل له: ذلك على ضرب من التوسع والمجاز، وعلى معنى أنها كانت دياراً ومنازلاً، والأيمان لا تحمل على اتساعات أهل اللغة، إلاَّ أن يكون ذلك مقصوداً بالنية، يبين ما قلناه أن الله تعالى قال: ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً بِمَا ظَلَمُوا﴾(النمل: ٥٢)، وهم لا يخالفون في أن البيت لا يكون بيتاً مع أنَّه خاوٍ منهدم، ويحملون ذلك على المجاز، وعلى أنها كانت بيوتاً، فكذلك القول في الدار.

فأما إذا قصد العرصة بنيته، فيحنث؛ لأن اللفظ يتعلق بمتعلقه بحسب النية على ما مضى.

وإذا جعلت بستاناً، أو حماماً، أو مسجداً، فلا خلاف أنَّه لا يحنث.

ووجهه: أن تعلق اليمين قد أزال الصفة التي بها تعلقت اليمين على ما مضى.

فإن قيل: فأنتم تقولون: إذا حلف ألا يأكل هذا اللبن، فصُيِّر شيرازاً، وأكل، حنث، فما الفرق بين /٥٦/ ذلك وبين هذا؟

قيل له: لأن اليمين تعلقت بعين اللبن، وعين اللبن هي هي، وإن كانت تغيرت صفاتها فجعلت شيرازاً، وهاهنا لم تعلق اليمين بالعرصة، وإنما تعلقت بجملة الدار التي العرصة منها، فإذا صارت عرصة، فقد زال متعلق اليمين.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يساكن أهله في دار محددة

قال: وإن حلف ألا يساكن أهله في هذه الدار، فدخلها، وأكل فيها، وشرب، وجامع، وعمل غير ذلك مما يعمل مثله الزائر، ثُمَّ خرج منها، لم يحنث، فإن نام فيها بالليل والنهار، حنث؛ لأنَّه يكون مساكناً لهم فيها.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وهذا معناه أن يكون مدخله[٢] فيها وما يحتاج الساكن إليه، فإذا كان ذلك كذلك، فالقدر الذي يفعله مما قد يفعله المنتاب والزائر إذا دخله، لم يحنث؛ لأنه لا يسمى مساكناً لهم في ذلك القدر؛ لأن الناس من طريق العرف يفصلون بين من يكون ساكناً للدار وبين من يكون (منتاباً، وإن حصلا جميعاً فيها، فإذا فعل من إطالة اللبث ما يكون) [٣] به مساكناً لهم، حنث على ما ذكره، وذلك بأن يمتد حتى يكون بالليل والنهار.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يلبس ثوباً بعينه

قال[٤]: وإن حلف ألا يلبس هذا الثوب، فباعه، واشترى بثمنه ثوباً غيره، أو غزلاً فنسج ثوباً، فلبسه، لم يحنث، إلاَّ أن يكون نوى ألا ينتفع من ثمنه بشيء.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥].

وذلك أن اليمين وقعت على لبس الثوب، فإذا باعه واشترى بثمنه غيره، فلبسه، لم يكن لَبِس الثوب الذي تعلقت اليمين به، فوجب ألا يحنث، فإن كان نوى ذلك، حنث؛ لأنه في حكم من حلف ألا يكون لابساً له، ولما يكون به.

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧٤.

(٢) في (ب): دخله.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٤) سقط من (ب): قال.

(٥) انظر: المنتخب: ١٧٤.

مسألة: فيمن حلف ألا يلبس ثيابه

قال: وإن حلف ألا يلبس ثيابه، وكانت له أثواب، فلبس بعضها، حنث، وكذلك إن كانت له عشر جوارٍ، فحلف ألا يطأهن يميناً مطلقة [١] مبهمة، فوطئ واحدة منهن، حنث، وكذلك إن حلف ألا تلبس امرأته هذين الخلخالين، فلبست أحدهما، حنث.

وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

قال أبو حنيفة والشافعي: لا يحنث حتى يلبس الجميع، ويطأ الجميع، وحكى مثل قولنا عن مالك، ذكره ابن أبي هريرة فيما علّقه عنه.

والأصل في هذا: أن كل جملة معينة يصح تعلق حكم عليها، يصح تعلقه على أبعاضها، فمتى تعلق ذلك الحكم على تلك الجملة، فقد تعلق على كل بعضٍ من أبعاضها، ألا ترى أن من أباح لغيره التصرف في جميع أمواله، ثُمَّ قال: قد حظرت عليك التصرف في أثوابي العشرة هذه، تناول الحظر آحاد[٣] الأثواب وأبعاض آحادها كما تناول جملتها، وكذلك لو وكل رجل رجلاً ببيع جميع أمواله، ثُمَّ قال له: عزلتك عن بيع جواريَّ العشر، صار معزولاً عن بيع آحادهن، وعن بيع أبعاض آحادهن[٤]، كما صار معزولاً عن بيع جملتهن، ونظائر هذا أكثر من أن تعد وتحصى، فإذا ثبت ما بيناه، /٥٧/ وعلّق يمينه على أثواب له معينة ألاَّ يلبسها، فكأنه حلف ألا يلبس هذا الثوب، ثُمَّ حلف ألا يلبس هذا حتى أتى على آخرها، فكذلك الحكم في الجواري والخلخالين، فمتى لبست واحداً من ذلك، أو وطئ واحدة منهن، حنث؛ لأن اليمين تعلقت على جملة معينة، وكان يصح تعلقها على كل واحدة منها على ما بينا، يدل على ذلك أنه لو حلف أن يلبس ثيابه العشرة في هذا اليوم، أو يطأ جواريه العشر في هذا اليوم، فمتى ترك واحداً منها، أو واحدة منهنّ، لزمه الحنث في ذلك الواحد، أو

---

(١) سقط من (ب): مطلقة.
(٢) انظر: المنتخب: ١٧٤.
(٣) في (ب): هذه.
(٤) في (أ): أبعاضهن.

الواحدة، كما كان يلزمه لو ترك الجميع؛ للعلة التي ذكرناها، وهي تعلق اليمين على حكم جملة معينة كان[1] يصح تعلقها على حكم واحد[2] من أبعاضها، على أن المحفوظ عن أبي حنيفة وأصحابه أنهم قالوا: لو حلف على ألا يكلم الناس، فكلم واحداً منهم، حنث، فناقضوا، ويمكننا أن نجعل هذا أصلاً نقيس عليه، وكذلك عندهم لو حلف ألا يشرب ماء هذا النهر، فشرب شيئاً منه، حنث.

وهم فصلوا بين هذا وبين ما اختلفنا فيه بأن قالوا: إن هذا مما لا يُقدَر عليه، فشرب جميع ماء النهر[3] لا يُقْدَر عليه.

قيل له: وهذا الفصل لا يمنع من المناقضة، إذ قد صح الجمع بينه وبين ما اختلفنا فيه بالعلة التي ذكرنا، على أنهم لا يفصلون في باب الحنث بين ما يُقدَر عليه وبين ما لا يقدَر عليه، فلا معنى لالتجائهم إلى ما قالوا، وكذلك الشافعي لا يفصل بين ذلك؛ لأنَّهم جميعاً قالوا: لو حلف أن يصعد السماء، أو يُحيي ميتاً، يحنث.

فإن قيل: أليس لو حلف ألا يعطي زيداً اليوم عشرة دراهم، فأعطاه درهماً، لم يحنث، فكذلك ما اختلفنا فيه؟.

قيل له: نحن اشترطنا أن تكون الجملة التي تتعلق عليها معينة؛ لتكون اليمين متعلقة على أبعاضها، فإذا كانت العشرة غير معينة، فكل درهم يعطى لا يكون من جملة تلك العشرة، فلهذا لم يتعلق الحنث به.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال لرجل من أصحابه: «لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة لم تنـــزل على أحد قبلي إلاَّ على أخي سليمان».

قال: وأخرج إحدى رجليه من المسجد، وقال: «بم تفتتح صلواتك»؟

---

(١) في (ب): كما.

(٢) في (ب): حكم كل واحد.

(٣) في (ب): ماء جميع النهر.

فقال: بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين.

فقال: «هيه هيه، إنها السبع المثاني، والقرآن العظيم».

وروي أيضاً أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم- سئل عن آية من كتاب الله - عز وجل- فقال: «لا أخرج من المسجد حتى أخبرك بها». فقام - صلى الله عليه وآله وسلم- فلما أخرج إحدى رجليه من المسجد، أخبر بالآية قبل أن يخرج الرجل الأخرى.

قالوا: فلو /٥٨/ كان يقع بعض ما وقع عليه اليمين، لكان - صلى الله عليه وآله وسلم - قد خالف ما تقدم من وعده.

قيل له: نحن اشترطنا أن يكون الحكم الذي تعلق بالجملة يصح تعلقه على أبعاضها، ولذلك أوجبناه في الأبعاض كما أوجبناه في الجملة، والخروج فعلٌ يصح تعلقه بجملة الحي، ولا يصح تعلقه بأبعاضه، ولهذا لا يجوز أن يكون بعض الحي ضارباً، وبعضه غير ضارب؛ لأن الضرب فعل يتعلق بجملة الحي، وكذلك ما جرى مجراه من سائر أفعاله، فلم يجب أن يكون ما أوردتموه مثل ما اختلفنا فيه، على أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يجوز أن يكون أراد بذلك ألا يخرج الخروج التام، فكانت نيته له، ونحن لا ننكر أنَّه لو قال: والله لا ألبس ثيابي هذه، ونوى لبسها بأجمعها، أن له نيته، ومما ناقض فيه أبو حنيفة، قال: لو حلف ألا يصوم، فأصبح صائماً، حنث، وإن كان ما فعله بعض الصوم، وكذلك إن حلف ألا يصلي، فصلى ركعة بسجدتيها، أنَّه يحنث، وإن كان ذلك بعض الصلاة، فكذلك ما اختلفنا فيه.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يلبس ثوبه أحد

قال: وإن حلف ألا يلبس ثوبه أحدٌ، فسرقه سارق، ولبسه[1]، حنث إن كانت يمينه مبهمة، وإن كان نوى ألا يلبسه أحدٌ بإذنه، فلبسه السارق بغير إذنه، لم يحنث[2].

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

---

(١) في (أ): فسرقه ولبسه.

(٢) في (أ): فلبسه السارق لم يحنث.

(٣) انظر: المنتخب: ١٧٩.

قلنا في الأول: إنَّه يحنث؛ لأنَّه أطلق اليمين، و لم يكن الأذن منوياً، ولا منطوقاً.

وقلنا في الثاني: إنَّه لا يحنث؛ لأن منوي الإذن كمنطوقه؛ للوجه الذي تقدم في معاني حكم النية.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يفارق غريمه حتى يقضيه

قال: ومن حلف ألا يفارق غريمه حتى يأخذ حقه منه، ففر غريمه، أو قام هو لحاجة، وكان نوى ألا يزايله، ويراصده، حنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

قال أبو حنيفة: إذا فر غريمه، لم يحنث، وقيل إنَّه للشافعي على قولين.

وذلك أنَّه حلف ألا يفارقه، فتعلقت اليمين بالمفارقة، فإذا جرى ما ذكر، فقد وقعت المفارقة التي حلف ألا تقع[٢]، فوجب أن يحنث.

وقوله: وكان نوى ألا يزايله، و يراصده، فعلى التأكيد، وإلا فالحنث واقع باللفظ.

قال: فإن[٣] حلف ألا يفارقه حتى يأخذ حقه، وكان عليه عين، فأخذ عرضاً بقيمته، لم يحنث، وإن أخذ رهناً، أو قبل ضامناً، ثُمَّ فارقه على ذلك، لم يحنث أيضاً، إلاَّ أن يكون نوى ألا يقبل رهناً، ولا ضماناً.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

أما إذا أخذ عرضاً بقيمته، فلا إشكال في أنَّه لم يحنث؛ لأنه إذا رضي بالعرض، فقد انتقل حقه إليه، فإذا أخذه، فقد استوفي حقه؛ ألا ترى أنَّه لا يبقى بينهما معاملة بسبب ذلك الحق للاستيفاء الواقع؟

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧٥.

(٢) في (أ): ألاَّ يفارقه، فتعلقت اليمين ما يقع.

(٣) في (أ): كان.

(٤) انظر: المنتخب: ١٧٥ - ١٧٦.

وأما الرهن، والضمان، فإنهما ليسا بحقه، وإنما تعلق حقه بهما، فإن كان نواهما، لم يحنث، وإن كان لم ينوهما، أو نوى ألا يقبلهما، فالواجب أن يحنث، وعلى هذا يجب أن يُحمل ما قال /٥٩/.

مسألة: فيمن حلف أن يقضي دينه اليوم

ولو أن رجلاً كان عليه لرجل ألف درهم، فحلف أنَّه يقضيه في هذا اليوم، فأعطاه فيها زيوفاً[١]، أو مزبقة[٢]، وأخذ صاحب الحق، لم يحنث، وإن أعطاه فيها حديداً، أو رصاصاً، حنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

وإنما قلنا في الزيوف والمزبقة إنَّه لم يحنث؛ لأنهما[٤] من الدراهم، وهو قصد إلى أن[٥] يوفيه ألف درهم، ولم يقصد إلى صفة الدراهم، فإذا قضاه ألف درهم على أي صفة كانت الدراهم، لم يحنث، فأما إذا أعطاه فيها حديداً، أو رصاصاً، وجب أن يحنث؛ لأنَّه لم يوفه تمام ألف درهم، أو بعض ما أوفاه ليس من الدراهم.

مسألة: فيمن حلف أن يبيع مملوكه، فأعتقه أو كاتبه

قال: ولو أن رجلاً حلف أن يبيع عبده، أو جاريته، فأعتقهما، أو كاتبهما، حنث؛ لأنَّه حلف أن يبيعهما، والعتق والكتابة ليس واحد منهما بيعاً، فوجب أن يحنث.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦].

فإن قيل: الكتابة فيها معنى البيع.

---

(١) زَافَت الدراهمُ زُيوفاً: صارت مردودة لغشّ، أو الأولى رديئة. وزاف فلان الدراهم: جعلها زيوفاً، كزيَّفَها. القاموس المحيط ٧٥٤.

(٢) زَبَقَ الشيءَ بالشيءِ: خَلَطَه. القاموس المحيط ٨٢٠.

(٣) انظر: المنتخب: ١٧٢ - ١٧٣.

(٤) في (ب): لأنما.

(٥) في (ب): وهو قصد أنه.

(٦) انظر: المنتخب: ١٧٤.

قيل له: هو كذلك، ولكن ليس ببيع على الحقيقة، ولا اسم البيع يتناوله لغة، ولا عرفاً، فلذلك حنث، وليس هذا مما نقول فيه لا يحنث حتى يموت؛ لأن ذلك إنَّما يقال فيما يصح فعله إلى ذلك الوقت، والعبد إذا أعتق، أو كوتب، فقد فات البيع، فيجب أن يحنث.

مسألة: في حلف كل من الزوجين ألا يبتدئ الآخر بكلام

قال: ولو أن رجلاً قال لامرأته: أنت طالق إن ابتدأتك بكلام، فقالت له المرأة: جاريتي حرة إن ابتدأتك بكلام، فقال لها الرجل: لا جزيت خيراً، لِمَ فعلتِ كذا؟ ثُمَّ كلم كل واحد منهما صاحبه بعد ذلك، فلا حنث على واحد منهما.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)(١).

وذلك أن الرجل لما عقد اليمين على ألا يبتدئها بكلام، ابتدأته هي بقولها: جاريتي حرة إن ابتدأتك بكلام، فخرج الرجل من عهدة ما عقده من اليمين، ولما قال لها بعد ذلك: لا جزيت خيراً، فقد ابتدأها بكلام، فخرجت المرأة أيضاً من عهدة ما عقدته من اليمين، فأيهما كلم بعد ذلك صاحبه، لم يحنث؛ لأن يمين كل واحد منهما قد برَّت على ما بيناه.

وإن كانت المسألة بحالها، وكانت المرأة قالت: إن ابتدأت زوجي بكلام، غير مقبلة إليه، ولا مخاطبة له، طلقت المرأة(٢)، وذلك لأن المرأة ما فاتحته بكلام بعد عقده اليمين، فإذا قال: لا جزيت خيراً لم فعلت، فقد ابتدأها بكلام(٣)، وقد كانت يمينه على ألا يبتدئها بكلام، فحنث، ووقع الطلاق، فإن لم يبتدئها بكلام بعد عقد كل واحد منهما اليمين، لكن هي ابتدأته، عتقت جاريتها، فإن كلمها بعد ذلك، لم تطلق؛ لأن الرجل يكون خارجاً من عقدة يمينه.

---

(١) انظر: المنتخب: ١٧٢.

(٢) انظر: المنتخب: ١٧٢.

(٣) سقط من (ب): بكلام.

مسألة: في تكرير اليمين على شيء واحد

قال: ولو أن رجلاً قال لآخر: والله لا كلمتك يوماً، والله لا كلمتك يومين، والله لا كلمتك ثلاثة أيام، كانت يميناً واحدة لثلاثة أيام، إن كانت اليمين مبهمة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

مذهبه أن الأيمان - وإن تكررت - إذا كانت أيماناً بالله، فإنها تكون يميناً واحدة، وسيجيء القول فيه في الباب الذي يلي هذا /٦٠/ الباب.

ووجه قوله: إنها لثلاثة أيام: هو أن اليمين تنعقد من حين تلفَّظ بها، فإذا قال: لا كلمتك يوماً، انعقدت من حين تلفظ بها إلى تمام اليوم، ثُمَّ إذا قال: لا كلمتك يومين، انعقدت أيضاً من حين لفظ بها إلى تمام يومين، ثُمَّ إذا قال: لا كلمتك ثلاثة أيام، انعقدت من حين لفظ بها إلى تمام ثلاثة أيام، فكان عدد ما[2] وقعت عليه اليمين في جميع ذلك ثلاثة أيام على ما بيناه، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه: إلاَّ إنهم قالوا لليوم الأول ثلاث أيمان، وللثاني يمينان، وللثالث يمين واحد، على مذهبه في تكرر الأيمان، فإن كان نوى ستة أيام، كانت لستة أيام، كأنه لما قال: لا كلمتك يومين، نوى أنهما بعد اليوم الأول، ولما قال: لا كلمتك ثلاثة أيام، نوى بعد الأيام الثلاث، فصارت ستة على ما نوى، ويجب أن تكون الليالي تدخل في اليمين.

مسألة: فيمن حلف ألاّ يبيع فباع بيعاً فاسداً

قال: وإذا حلف ألا يبيع ولا يشتري، فاشترى، أو باع بيعاً فاسداً يجوز فيه الهبة والعتق، حنث.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[3].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/١٧٦، والمنتخب: ١٧٢.

(٢) في (أ): ما قال وقعت.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨٢، والمنتخب: ١٧٨.

معنى قوله: تجوز فيه الهبة والعتق هو للتفرقة بين البيع الفاسد الذي يجري بين الناس مما يقع به الملك للمشتري إذا قبضه بإذن صاحبه، وبين البيع الباطل الذي يستوي عدمه ووجوده، وهو كبيع الحر، وكبيع[1] سمك في بحر، فإن الحنث في مثل هذا لا يقع؛ لأنَّه ليس مما يسمى بيعاً في العرف؛ ولأن شيئاً من أحكام البيع لا يتعلق به، ولا يجري مثله في تعامل الناس، فأما البيع الفاسد الذي ذكره، فإنه يحنث فيه عنده وعند أبي حنيفة.

ووجهه: أن اسم البيع يتناوله في العرف؛ لأن الناس من عاداهم أن يتباعوا البياعات الفاسدة كما يتباعون البياعات الصحيحة، ولعل ما يجري في أسواق المسلمين من البياعات الفاسدة أكثر مما يجري من البياعات الصحيحة؛ ولأنه أيضاً قد يفيد بعض فائدة البيع الصَّحيح إذا ضامه القبض، ولذلك[2] قلنا يحنث؛ لأن اليمين تابعة للأسماء على ما بينا في غير موضع.

مسألة: فيمن حلف ألا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً

قال: وإن حلف ألا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً، لم يحنث.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[3].

وذلك لأن من فعل ذلك لم يكن متزوجاً، ولم يتعلق به شيء من أحكام الزوجية، فهو يجري مجرى البيع الباطل الذي هو بيع الحر، أو بيع الكعبة، أو ما جرى مجراه؛ ألا ترى أنَّه لا يقع به استباحة البضع على وجه من الوجوه، كما يقع الملك بالشراء الفاسد إذا ضامه القبض عندنا؟ ولأن المسلمين ليس في عاداهم أن يتزوجوا التزويج الفاسد، فلم يتناوله الاسم، فلهذا قلنا: إنَّه لا يحنث.

---

(١) في (ب): وبيع.

(٢) في (أ): وكذلك.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨٣، والمنتخب: ١٧٢.

فصل: فيمن حلف ألا يهب ولا يتصدق ولا يعير

قال يحيى - عليه السلام - في (الفنون)[١]: إن حلف ألا يهب لفلان شيئاً، ولا يتصدق عليه، ولا يعيره، ولا يقرضه، فوهب، أو تصدق، أو أعار، أو أقرض، ولم يقبل الموهوب /٦١/ له، أو المتصدَّق عليه، أو المعار، أو المقرض، حنث في ذلك كله.

ووجهه: أنه في جميع ذلك ينطلق عليه الاسم؛ ألا ترى أنه يصح أن يقال: إن فلاناً وهب لفلانٍ عبداً فلم يقبله؟ فلما كانت هذه الأسامي تنطلق عليه، ألزمه الحنث.

مسألة: فيمن حلف على شيء ألا يفعله فأمر غيره

وقال في (الفنون)[٢]: من حلف ألاّ يبيع، فأمر غيره أن يبيع، لم يحنث، إلاّ أن يكون ممن لا يتولى البيع بنفسه.

قال: وإن حلف ألا يتزوج فأمر غيره، فقبل النكاح، أو حلف ألا يطلق امرأته، أو حلف ألا يعتق عبده، فأمر غيره فطلق عنه، أو أعتق عنه، فإنه يحنث في ذلك كله، وفصل بين هذا وبين البيع بما تحصيله أن البيع يتعلق بالبائع وإن كان وكيلاً، ثم ينقل عنه؛ ألا ترى أن الخصومة تكون بين المشتري وبين الوكيل في التسليم والقبض، والرد بالعيب، فصار البائع في الحقيقة من تولى البيع؟ فأما النكاح، والطلاق، والعتاق، فإنها أجمع تتعلق بالموكل؛ ألا ترى أن الوكيل لا يقال فيه: إنه متزوج كما يقال: إنه بائع، ولا يتعلق عليه شيء من أحكام الطلاق، ولا يكون مطلقاً في الحقيقة، ألا ترى أنه لو لق عن رجل زوجته ثلاثاً، حلت له، وكذلك العتاق؟ ألا ترى أن الولاء يكون لموكل، ولا يكون للوكيل؟ وليست هذه الأشياء - أعني النكاح والطلاق والعتاق - بشيء يستقر حكمه للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل كما قلناه في البيع، فلذلك فصلنا بينهما.

---

(١) انظر: الفنون ٤٤٦.

(٢) انظر: الفنون ٤٤٥.

قال: وعلى هذا إن حلف ألا يهب، فأمر غيره أن يهب، أو حلف ألا يقطع ثوباً، فأمر غيره أن يقطع[(١)].

أما الهبة، فهي مثل النكاح؛ لأن شيئاً من أحكامه لا تستقر للوكيل، وإنما الواهب هو الآمر، والوكيل فيه كالمُعين، كما قلنا في النكاح، والطلاق، والعتاق.

وأما قطع الثوب، فوجهه: أن عادات الناس جارية في أن يقطع ثيابَهم غيرُهم، إلاَّ أن يكون خياطاً، فإذا حلف ألا يقطع ثوبه، فهو من جهة العرف، فكأنه قال: لا آمر بقطعه، فلذلك حنث، وعلى هذا أجرى الكلام في البناء والهدم، وفيه نظر، إلاَّ أن يكون نوى ألا يتولى ذلك بنفسه، فأما إن أبهم، فيجب أن يحنث؛ لأن العادات جارية أن الناس يبنون، ويهدمون على أيدي الأجراء، والله أعلم.

مسألة: فيمن حلف يميناً إلى وقت العشاء

قال: ولو أن رجلاً حلف أن يأتي فلاناً وقت العشاء، فأتاه قبل طلوع الفجر، لم يحنث إن كانت يمينه مبهمة، وإن كان نوى وقتاً بعينه من أوقات العشاء، كان على ما نوى.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[(٢)].

ووجهه: أن وقت العشاء عنده ممتد إلى طلوع الفجر، فأيَّةَ ساعة من ذلك أتاه فيها فقد برئت يمينه، قال: وعندي فيه نظر؛ لأن الأيمان تحمل على الوفاء دون الأسماء، والعرف في وقت صلاة /٦٢/ العتمة هو ما بين غروب الشفق إلى أن يمضي من الليل طائفة دون الثلث الذي هو الوقت المختار، فيجب أن يحمل مبهم اليمين عليه، فإن كان نوى جميع ما يقع عليه اسم وقت العشاء، فهو إلى طلوع الفجر كما قال.

---

(١) انظر: الفنون ٤٤٦.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/١٨٠، والمنتخب: ١٧٧.

مسألة: فيمن حلف يميناً إلى رأس الشهر أو السنة

قال: وإن حلف أن يأتيه على رأس الشهر، أو رأس السنة، فأتاه أول ليلة من السنة لداخلة، أو الشهر الداخل قبل طلوع الفجر، لم يحنث، وإن أتاه بعد طلوع الفجر، حنث.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)(١).

قال الشافعي: إذا قال رأس الهلال، كان ذلك حين يُرى الهلال، وهذا بعيد؛ لأن رأس الهلال معناه رأس الشهر، والهلال يرى قبل العصر بعد الزوال، فلا يكون ذلك آخر الشهر الماضي، وأول الشهر المقبل؛ لأن أول الشهر المقبل أول جزء من الليل، وآخر الشهر الماضي آخر جزء من النهار.

ووجهه أن (على) ليس مما يجوز أن يجعل ظرفاً للزمان نحو (في)، ولا مما يجوز أن يجعل حداً نحو (إلى)، فيجب أن يجعله قائماً مقام بعض الحروف المفيدة(٢) لهذا الباب، نحو ما ذكرناه، ونحو (مع) و(عند)، و لم يصح أن نجعله بمعنى إلى؛ لأن الظاهر أنه أراد أن يعلق يمينه برأس الشهر، و(إلى) توجب أن يعلق اليمين من حيث لفظ به إلى رأس الشهر، وهذا خلاف ما ظهر من كلامه، فوجب أن نحمله على معنى في، أو مع، أو عند؛ لأن هذه الحروف تتقارب معانيها، فإذا ثبت ذلك، قلنا: إن رأس الشهر يجوز أن يكون عبارة عن أول الشهر، وعن آخره، فالأولى أن نجعله أول الشهر، وأول السنة؛ لأن رأس الشيء أوله، هذا هو الأظهر، على أن رأس الشيء هو أعلاه(٣)، ومنه يقال رأس الجبل، والرأس من الإنسان أعلاه، فكان الأولى أن يجعل أعلى الشهر أوله؛ لأنه يكون بعد ذلك على النقصان، فإذا جعلناه أول الشهر وأول السنة، وجب أن نحمله على أول الشهر المستقبل، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يكون وقته أول جزء من الليل، فلما تعذر ضبطه وحصره، جعلنا الليل كله وقتاً له، كنية الصوم، لما كان الواجب أن

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/١٨١، والمنتخب: ١٧٧.

(٢) سقط من (ب): المفيدة.

(٣) في (ب): هو أو أعلاه.

تجعل في آخر جزء من الليل، أو آخر جزء من النهار، وتعذر الضبط في ذلك، جعل بالإجماع الليل كله وقتاً، وجعل أصحابنا النهار أيضاً كله وقتاً له، وكذلك ما اختلفنا فيه قياساً عليه، والعلة أنه وجب في جزء من أجزاء[1] طرفي الليل تعذر حصره وضبطه، فوجب أن يكون الليل كله وقتاً له، قال أبو حنيفة[2]: و لم يحصل خلاف أنه لا يحنث إن أتاه ليلته تلك ويومه إلى آخر اليوم، توسعةً لا معنى لها.

فصل: في تخصيص اليمين بالنية

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام - فيمن قال لنسائه: أنتنّ طوالق إن ضربتنَّ فلاناً: إنه على ما نوى، فإن نوى أن يضربنه كلهن مجتمعات، لم يقع الحنث /٦٣/ إلاَّ إذا ضربنه مجتمعات.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

فدل هذا من مذهبه على أنَّه تخصيص بالنية فيما لا نطق له؛ لأنَّه ليس للاجتماع هاهنا لفظ يتناوله على العموم، ولا على وجه الخصوص، فعلى هذا لو قال: والله لا آكل، ونوى طعاماً دون طعام، فله نيته، وهو قول الشافعي: ويدين فيما بينه وبين الله، وفي الحكم يحمل على ما يقتضيه ظاهر الإطلاق.

قال أبو حنيفة في مثله: نيته لغوٌ لا يدين، لا فيما بينه وبين الله - عز وجل - ولا في الحكم، قال: لأنَّه ليس هناك لفظ يقصد بالتعميم والتخصيص.

والدليل على ما ذهبنا إليه من أن التخصيص والتعميم يصح فيما لا نطق له إذا كان هو المقصود بالخطاب: قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾(النساء: ٢٣)، وقد علمنا أن المراد بالتحريم ليس هو أعيان الأمهات؛ لأن ذلك يستحيل عقلاً،

---

(١) في (أ): أحد.

(٢) لعله: وقول أبي حنيفة.

(٣) انظر: الأحكام: ٤٦١.

فكيف يخاطب به سمعاً؟ فوجب أن يكون المراد بالتحريم[١] بظاهره تصرفنا فيهنَّ بالوطء، والبيع، والاستمتاع، والخدمة، والاستخدام، والاسترقاق، والضرب، وكل ما صح التصرف به منا في الغير، ولا لفظ لشيء من ذلك، ثُمَّ ورد التخصيص عليه؛ لأنا قد علمنا أنا لم نمنع من خدمتها، وإطعامها، والنظر إلى وجهها وذراعيها وقدميها، وما أشبه ذلك، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن التخصيص يجوز أن يرِد على ما لا نطق له بالإرادة، فصح ما ذهبنا إليه، ولهذه الآية نظائر كثيرة، منها ما ورد التحريم على التعميم، ومنها ما ورد على التخصيص، على أنا لو قلنا في جميع ذلك: إن التخصيص راجعٌ إلى اللفظ، لصح، وذلك أنَّه لما قال - عز وجل -: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾، رجع التخصيص إلى التحريم، فكأنه قال: حرم الوطء، ولم يحرم الإطعام، وكذلك في قول الرجل لا آكل، يرجع التخصيص إلى أكل دون أكل، كأنه قال: لا آكل الفاكهة، وآكل الخبز، وإذا قال: لا أكلم زيداً، رجع التخصيص إلى التكلم، كأنه قال: لا أكلمه في زمان، وأكلمه في زمان، وإذا قال: أنتن طوالق إن ضربتن، رجع التخصيص إلى الضرب، كأنه قال: إن ضربتن على وجه دون وجه، فصح ما ذهبنا إليه من الوجوه كلها، ونقول في مثل هذا وما جرى مجراه: إنَّه يدين فيما بينه وبين الله - عز وجل- دون الحكم؛ لأن ما ذكره باطن محتمل لا دليل عليه، فجاز أن يكون كذلك، وجاز ألا يكون كذلك، فدين فيما بينه وبين الله - عز وجل - لجواز أن يكون صادقاً فيه، ولم يدين في الحكم؛ لأن الظاهر بخلافه.

---

(١) سقط من (ب): بالتحريم.

باب القول فيما يوجب الكفارة

مسألة: في الحلف بغير الله تعالى

لو أن رجلاً حلف ببيت الله - عز وجل - أو بسورة من كتاب الله، أو بقبر رسول /٦٤/ الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أو بحق نبي من أنبياء الله، ألا يفعل شيئاً، ففعله، فلا كفارة عليه، وإنما تجب الكفارة في اليمين بالله وحده.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)(١). وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، ولا أحفظ فيه خلافاً، إلاَّ شيئاً ذكره الناصر - عليه السلام - وهو أنَّه قال: إن الحلف بملائكة الله، وكتبه، ورسله، يمين، وفي (تعليق) ابن أبي هريرة أن القسم بالقرآن يصح، حكاه أيضاً عن الشافعي.

والدليل على ما قلناه: أن جميع ذلك غير الله - عز وجل- ومما خلقه الله - عز وجل- فلو جاز أن يكون الحلف بشيء من ذلك يميناً، أو أن يكون الحلف بجميع ما خلق الله يميناً، كالنجم، والشجر، والثلج، والمطر، والسماء، والأرض، والنجوم، والكواكب، والشمس، والقمر، فلما بطل الحلف بجميع ذلك؛ لأنَّه حلف بغير الله، فكذلك ما قدمناه، وهذا أظهر من أن يحتاج فيه إلى الإطناب.

قال: وعلى الرجل أن يفي بما حلف عليه بسائر ما ذكرنا، إلاَّ أن يرى غيره خيراً منه، وأقرب إلى الله - عز وجل -.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٢).

وذلك استحباب، كما أن الوفاء بالمواعيد استحباب، فإذا قرنه بذكر ما فضله الله، كان آكد للاستحباب، على أن اليمين بجميع ذلك مكروهة، قال - صلى الله عليه

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٨، والمنتخب: ١٨٤.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٨.

وآله وسلم -: «من حلف، فليحلف بالله، أو يصمت»[١]. وروي عن ابن عمر أنَّه رأى رجلاً يحلف بالكعبة، فقال له ابن عمر: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول: « من حلف بغير الله، فقد أشرك بالله»[٢]. وروي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «لا تحلفوا بآبائكم، ولا أمهاتكم، ولا بالأنداد، ولا تحلفوا إلاَّ بالله»[٣].

فإن قيل: روي أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال للأعرابي وقد سأله عن الفرائض، فأجابه، فقال: لا أزيد عليها شيئاً، ولا أنقص منها «أفلح وأبيه إن صدق دخل الجنة»[٤].

قيل له: لم يكن مخرج هذا مخرج اليمين؛ لأنَّه معلوم أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقصد تعظيم الأعرابي، وإنما قال ذلك على ما جرت العادة من مخاطبة العرب، على أنَّه لو أراد به القَسم، والأخبار التي ذكرناها قد حظرت عليه اليمين بغير[٥] الله، فهو أولى، على أن أحداً لا يقول: إن هذا الخبر[٦] يمينٌ، فلا وجه للاشتغال به.

فإن قيل: فقد أقسم الله تعالى بالسماء والطارق، والنجم الثاقب[٧]، والتين والزيتون، والطور، والذاريات، وما أشبه ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري ٢٢٦٥/٥، ومسلم ١٢٦٧/٣، وأبو عوانة ٢٤/٤، وابن حبان ٢٠١/١٠، والنسائي ٩٤/٤، والدارمي ٢٤٢/٢، وأبو داود ٢٢٢/٣، عن عبدالله بن عمر.

(٢) أخرجه ابن حبان ٢٠٠/١٠، وأبو عوانة ٤٤/٤، والحاكم ٦٥/١، وأبو داود ٢٢٣/٣، والترمذي ١١٠/٤ إلا أن في بعضها: فقد كفر.

(٣) أخرجه ابن حبان ١٩٩/١٠، والبيهقي ٢٩/١٠، وأبو داود ٢٢٢/٣، والنسائي ١٢٣/٣، عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه مسلم ٤١/١، وابن خزيمة ١٥٨/١، والدارمي ٤٤٧/١، وأبو داود ٢٢٣/٣، والبيهقي ٢٠١/٥، عن طلحة بن عبيد الله.

(٥) سقط من (ب): بغير.

(٦) في (ب): الجنس.

(٧) في (أ): وما أدراك ما الطارق، والنجم الثاقب.

قيل له: كثير[١] من العلماء ذهب إلى[٢] أن التقدير في ذلك: ورب كذا، واليمين وقعت بالله، ومنهم من قال: إن له - عز وجل - أن يقسم بما شاء، وهذه الأشياء مما خلقها، وأعظم المنة بها علينا؛ لأن لنا فيها منافع ووجوهاً من الاعتبار، ولا يمتنع أن يحسن الشيء من الله - عز وجل - ويقبح منا؛ لأنا لا نوقعه على الوجه الذي وقع من القديم - عز وجل -.

مسألة: في الحلف بالبراءة من الإسلام

قال القاسم - عليه السلام -: لا تلزم الكفارة في الحلف بالقرآن، وبالبيت الحرام، وبالبراءة من الإسلام.

قال زيد بن علي - عليهما السلام -: الحلف /٦٥/ بالبراءة من الإسلام، واليهودي، والنصراني، ليس بيمين، ولا حنث فيه[٣]. وقد مضى الكلام في الحلف بالقرآن، والبيت الحرام، فأما البراءة من الإسلام فذهب أبو حنيفة إلى أنَّه يمين، وكذا قال في قول الرجل أنا يهودي، أو نصراني إن فعلت كذا، وكل ما مضى من الأثر والنظر يدل على فساد هذا القول؛ لأنَّه يمين بغير الله.

فإن قيل: روى ابن بريدة، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «من حلف فقال: أنا بريء من الإسلام، فإن كان كاذباً، فهو كما قال، وإن كان صادقاً، فلن يرجع إلى الإسلام سالماً»[٤]. فأثبت اليمين بالبراءة من الإسلام.

قيل له: لو لم يكن لنا دليل على أن هذا ليس بيمين غير هذا الخبر، لكان فيه كفاية، وذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - توعد عليه الصادق والكاذب، والتوعد على الشيء[٥] أوكد من النهي عنه، فثبت أنَّه ليس بيمين؛ لأن النبي - صلى

---

(١) في (أ): ذلك كثير.

(٢) في (أ) و (ج): على.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الصيام باب كفارة الأيمان.

(٤) أخرجه الحاكم ٣٣١/٤، والبيهقي ٣٠/١٠، وأبو داود ٢٢٤/٣، والنسائي ١٢٤/٣.

(٥) في (أ): عن الشيء.

الله عليه وآله وسلم - لم يكن ينهى عن اليمين صادقاً، بل كان يحلِف، ويُحلِّف، فلو كان هذا يميناً، لم ينهَ عنه.

فإن قيل: اليمين بالبراءة من الإسلام معقودة على تعظيم الله تعالى، فهو يجري مجرى اليمين بالله - عز وجل -.

قيل له: فأجرِ على هذا اليمين برسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وبجبريل، وميكائيل، وسائر رسله - عليهم السلام - وملائكته، وكتبه، فإن اليمين بذلك أجمع معقودة على تعظيم الله؛ لأن تعظيم هؤلاء إنَّما هو بتعظيم الله - عز وجل - كما أن تعظيم البراءة من الإسلام لتعظيم الله - عز وجل - فإذا ثبت أنَّه لا يمين بملائكة الله، وكتبه، ورسله؛ لأنهم عباد الله، فكذلك لا يمين بالبراءة من الإسلام لهذه العلة.

مسألة: فما تنعقد به اليمين

قال: واليمين التي تلزم بها الكفارة أن تقول: والله لا فعلتُ كذا، أو بالله، أو تالله، أو قال: وبحق الله ربي، أو وربي، أو حق ربي، أو ورب شيء مما خلقه الله تعالى؛ أو يقول: عليَّ عهد الله وميثاقه، أو قال: وايم الله، أو وهيم الله، أو قال: أقسم بالله، فكل ذلك يمين تلزم فيها الكفارة من حلف بها، ثُمَّ حنث.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[1].

أما الواو، والباء، والتاء، فإنها حروف القسم بلا خلاف[2] فيه، قال الله تعالى: ﴿فَوَرَبِّكَ﴾(الحجر: ٩٢)، وعن ابن عمر قال: كثير ما كان رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يحلف بهذه اليمين «لا ومقلب القلوب»[3].

وعن أبي سعيد الخدري قال: كان رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: إذا

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٦، والمنتخب: ٦٦.

(٢) في (أ): لا خلاف.

(٣) أخرجه البخاري ٢٤٤٠/٦، وابن حبان ١٧٥/١٠، والترمذي ١١٣/٤، والدارمي ٢٤٥/٢، وأبو داود ٢٢٥/٣، والنسائي ١٢٢/٣.

اجتهد في اليمين قال: «والذي نفس أبي القاسم بيده»[١].

وأما الباء فقد قال الله - عز وجل -: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا﴾(المائدة: ١٠٧).

وروى زيد بن /٦٦/ علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في يمين النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نحو الخبرين إلاَّ أنَّه قال: «والذي نفس محمد بيده». وقال أيضاً: ﴿أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾(النور: ٦).

وأما التاء، فقد حكى الله تعالى عن إبراهيم - عليه السلام - وعن أولاد يعقوب ﴿وَتَاللَّهِ لأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُمْ﴾(الأنبياء:٧٥) ﴿تَاللَّهِ تَفْتَأُ تَذْكُرُ يُوسُفَ﴾(يوسف: ٨٥).

وأما وحق الله، فهو يمين عندنا، وعند أبي يوسف، والشافعي. قال أبو بكر: قول أبي حنيفة في حق الله مثل قول محمد[٢]: ليس بيمين، ولا كفارة فيه.

ووجهه: أن الله تعالى قد سمى نفسه الحق بقوله: ﴿وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾(النور: ٢٥) فإذا حلف به، فقد حلف بالله - عز وجل - وقوله: حق الله، أو والله الحق، كما قالوا في قولنا: وعظمة الله، وجلال الله، تقديرهما والله العظيم، والله الجليل، كذلك وحق الله؛ لأنا لا نرجع إلى غير الله، وهذا يسقط قول من يقول: إن حق الله تعالى[٣] علينا هو عبادته من الصلوات، والصيام، واليمين بها يمين بغير الله - عز وجل -.

(فأما قوله وربي، وحق ربي، أو بحق رب شيء مما خلقه الله، فيكون يميناً)[٤]؛ لقول الله - عز وجل -: ﴿فَوَرَبِّكَ﴾ ﴿فَلا وَرَبِّكَ﴾ (النساء: ٦٥) والرب هو الله - عز وجل- ومنه قوله: ﴿رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً﴾ (البقرة:٢٠١) ﴿رَبَّنَا إِنَّنَا آمَنَّا﴾ (آل عمران:١٦).

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/٢٦، وأبو داود ٣/٢٢٥، وابن أبي شيبة ٣/١٠٠، وأحمد ٣/٣٣.

(٢) في نسخة: قال محمد.

(٣) سقط من (ب): تعالى.

(٤) سقط ما بين القوسين من (ب).

وأما قوله: عليَّ عهد الله وميثاقه، فلقول الله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ﴾ ثُمَّ عقب بتعظيم الخلاف فيه بقوله[1]: ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقاً فِي قُلُوبِهِمْ﴾(التوبة:٧٧) وقال: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ﴾(النحل:٩١) وقال: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾(الإسراء:٣٤) وقال أبو حنيفة: هو يمين، والميثاق هو بمعنى العهد، وقد قال – عز وجل-: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ النَّبِيِّينَ مِيثَاقَهُمْ﴾(الأحزاب: ٧) وقال: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾(البقرة:٨٣) ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ﴾(البقرة: ٨٤)، وذكْرُه في القرآن كثير.

قال الشافعي: قول الرجل عليَّ عهد الله وميثاقه ليس بيمين، إلاَّ أن يريد به اليمين، وقد بينا صحة ما قلناه، قال: هو لأنَّه يحتمل أن يكون مراده عليه أن يقيم الشرائع، وذلك هو عهد الله، ويحتمل أن يكون أراد به اليمين، وفيما بيناه ما يدل على أنَّه موضوع اليمين، كما نقول في الطلاق والعتاق: إنَّه لا يرجع في الظاهر فيهما إلى الاحتمال.

وأما ايم الله، وهيم الله، فقد روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم- أنَّه قال: حين طعن بعض الناس في أمر أسامة بن زيد «وايم الله إن كان لخليقاً بالأمارة»[2]. والقسم بايم الله كثير في خطب علي – عليه السلام – وكلامه، وهو يمين عند أبي حنيفة، وهيم الله، هو بمعنى ايم الله، والهاء أقيمت مقام الألف، وهو في اللغة كثير كقولهم: أرقت الماء وهرقته.

وقوله: أقسم بالله، هو يمين عند أبي حنيفة وأصحابه[3] والقسم هو اليمين، فكأنه قال: أحلف بالله /٦٧/ وقد قال الله: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ﴾(المائدة:١٠٧)، وقال: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾(الأنعام: ١٠٩) وذكْره في القرآن كثير.

---

(١) سقط من (ب): بقوله.

(٢) أخرجه البخاري ١٣٦٥/٣، ومسلم ٨٨٤/٤، والترمذي ٦٧٦/٥، والنسائي ٥٢/٥، وابن أبي شيبة ٣٩٢/٦ عن ابن عمر.

(٣) سقط من (ب): أصحابه.

قال: فإن قال: أقسم لا فعلت، ثُمَّ فعله، لزمته الكفارة إن أراد القسم بالله، وإن أراد القسم بغيره، لم تلزمه الكفارة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

وذلك أن قوله: أقسم، يحتمل ما قال: وليس له ظاهرٌ يدل على أنه قسم بالله، فردَدْنا الأمر فيه إلى نيته.

قال أبو حنيفة: هو يمين، واستدل أصحابه بقول الله - عز وجل -: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾(القلم: ١٧).

قيل له: يحتمل أن يكون أرادوا القسم بالله، فليس فيه ما يمنع مما ذكرناه.

وما ذكرناه في قوله: عليَّ عهد الله وميثاقه، وأقسم بالله، وتالله، وايم الله، وهيم الله، كلها[٢] قول القاسم - عليه السلام - وجميع ما ذكرناه أنَّه يمين هو قول الناصر - عليه السلام -.

مسألة: في الاستثناء في اليمين

قال: وإذا حلف الحالف، ثُمَّ استثنى قبل انقطاع كلامه، فله ما استثنى، وإن استثنى بعد انقطاع كلامه، لزمته اليمين، وبطل الاستثناء.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[٣].

وهو قول القاسم، وقول أبي حنيفة، والشافعي، ولا أحفظ فيه خلافاً، إلاَّ ما يحكى عن ابن عباس أنَّه قال: له أن يستثني ولو بعد سنة، وقيل: إنَّه لم يرد التحديد، وإنما أراد أن طويل المدة فيه كقصيرها.

أما الاستثناء، فقد بينا في كتاب الطلاق والعتاق ما نذهب إليه في قول الرجل: إن

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٦.

(٢) في نسخة: كله.

(٣) انظر: الأحكام: ١٧٨/٢، والمنتخب: ١٨٧.

شاء الله، فلا معنى لإعادته، وهاهنا الغرض هو تبيين موضع الاستثناء، وفي وجوب الكفارة دليل على سقوط قوله؛ لأن الاستثناء بعد حين لو أجزأ، لكان يستثني، ويستغني به عن الكفارة، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من حلف على أمر ثُمَّ رأى غيره خيراً منه، فليأت الذي هو خيرٌ، وليكفر عن يمينه» يحجه؛ لأن الاستثناء لو جاز على التراخي، لكان يقول - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ليستثن، وليأت الذي هو خير إن شاء» والاستثناء يؤثر في الكلام للاتصال؛ ألا ترى أن جميع ما يؤثر، كالشروط، والإرادات، والنيات، لا يؤثر شيء منها بعد انقطاع كلامه؟ فكذلك الاستثناء.

مسألة: في قول الرجل: حلفت في كذا وعليّ كذا

قال: ولو أن رجلاً قال: حلفت في كذا، أو علي يمين في كذا، و لم[1] يكن حلف، كان ما قاله كذباً، و لم يلزمه فيه شيء.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: أنّه أخبر عن أمر، فإن كان ما قال على ما قال، فهو صادق، وإن كان غيره، فيجب أن يكون كاذباً، ولا يجب أن تلزمه الكفارة؛ لأنّه لم يعقد اليمين، وإنما أخبر أنّه قد عقد، فيجري مجرى الإقرار بأمر لم يكن، [فثبت] أنّه لا شيء عليه فيما بينه وبين الله تعالى.

مسألة: في الحلف إكراهاً

قال: ومن أكره على يمين، فحلف لمكرهه، لم يلزمه الحنث، إلاَّ أن يكون ظالماً في يمينه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[3].

---

(١) في(ب): أو لم.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٩.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨٠، والمنتخب: ١٧٩.

وهو قول القاسم، وأحمد بن عيسى، والناصر، وكثير من أهل البيت – عليهم السلام – وبه قال الشافعي.

قال أبو /٦٨/ حنيفة: تلزمه يمينه، وإن كان مكرهاً، وقد استقصينا هذا في كتاب الطلاق، وأذكر هاهنا شيئاً منه على سبيل الاختصار.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾(البقرة: ٢٥٦) معناه لا حكم له، وقال: ﴿إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾(النحل: ١٠٦)، فلم يجعل[١] للكفر الواقع على سبيل الإكراه حكماً، فكذلك اليمين ؛ إذ ليست اليمين أعظم من الكفر، وروي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه».ويشبه الصغير والمعتوه؛ لأن عقده كلا عقد، وأيضاً من أُتيَت بالزنى وهي مكرهة، ومن أتى بكلمة الكفر وهو مكره، في حكم من لم يأت بالزنى، ومن لم يأت بكلمة الكفر، فكذلك من أتى باليمين وهو مكره، فهو في حكم من لم يأت بها، والعلة أنَّه مكره على ما أتى من القول مما لا يتعلق بحقوق بني آدم، ويمكن أن يقاس على كلمة الكفر خصوصاً بعلة أنَّه مكره على ما أتى من القول، وتشهد له البيوع، والهبات، وغيرها من العقود، والإبراء من الحقوق؛ لأن شيئاً منها لا يقع وهو مكره، فبان به صحة ما ذهبنا إليه.

وقوله: إلاَّ أن يكون ظالماً، أراد إذا كان المكرِه حاكماً، أو الممتنع من اليمين ظالماً، وقد مضى في صدر الكتاب أن النية في مثله نية المحلف.

مسألة: في الحلف في الصغر

قال: ولو أن صبياً حلف في صغره، ثُمَّ حنث في صغره، أو كبره، لم يلزمه الكفارة، وكذلك إن حلف بالطلاق، والعتاق، في حال صغره، ثُمَّ حنث، لم يلزمه شيء.

---

(١) في (ب): فجعل، وظنن على ما أثبتنا.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)(١).

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأنَّه ممن لا عقود له، ولقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يحتلم».

مسألة: في اليمين على المستحيل

قال: ولو أن رجلاً حلف أن يقتل فلاناً، وفلان ميت، ولم يعلم به الحالف، لم يلزمه شيء.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)(٢).

قال القاسم - عليه السلام-: من حلف أن يزن الفيل، وما أشبهه، لم يلزمه شيء.

وقول أبي حنيفة فيمن حلف أن يقتل فلاناً، وهو ميت، ولا يعلم به، مثل قولنا، فإن كان يعلم به، حنث، ولا نص لأصحابنا فيمن يحلف مع علمه بأنه ميت، والصحيح عندي أنَّه لا فصل بينهما، وللمسألة طريقان:

أحدهما: أن هذه اليمين لم تتعلق بشيء؛ لأنها يمين على نقض بنية معه إفاتة الحياة، وليس للميت حياة يصح إفاتتها، فلم تتعلق اليمين على شيء منها، فأشبهت قول الرجل: واللهِ، ثُمَّ يسكت، أو يقول: والله قد خرج، ولا يقول من خرج، في أنها يمين لا متعلَّق لها، فوجب ألا يقع بها حنث، وقالوا على هذه الطريقة فيمن حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز، وليس في الكوز ماء، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد.

قال أبو يوسف: إنَّه يحنث في جميعه.

وهذه الطريقة فيها بعض النظر؛ لأن اليمين يصح /٦٩/ تعلقها فيما(٣) تعلقت به؛ لأنَّه حلف أن ينقض بنية على وجهٍ تفوت معه الحياة، واليمين يصح تعلقها بما يتعذر

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨١، والمنتخب: ١٧٧.

(٢) انظر: المنتخب: ١٧١.

(٣) في (أ): بها.

فعله، وكذلك بشرب الماء الذي في هذا الكوز، تقديره: أي أصير شارباً لما في هذا الكوز من الماء، والدليل على أنها قد تعلقت: أن اليمين تتعلق بمتعلق الخبر، وهذا الخبر لو تعرى عن اليمين، كان كذباً، و لم يصر كذباً إلاّ لتعلقه بمتعلقه، فإذا كان كذلك، فارق قوله: والله، أو قد خرج؛ لأنَّه لا يدخل فيه الكذب والصدق لما لم يصح أن يتعلق بمتعلَّق.

والطريقة الثانية: أنا[1] نشبهها باليمين الغموس، وعامة ما يدل على أن اليمين الغموس لا كفارة فيها يدل على أن هذه اليمين لا كفارة فيها.

ونكتة الباب: أن الغموس لم تلزم فيها الكفارة؛ لأنها وقعت والحالف حانثٌ، و لم يصح أن يراعى فيها أن يبرّ، أو يحنث، فكل يمين وقعت والحالف حانث يجب أن يكون سبيلها سبيل الغموس في ألا كفارة فيها، ومن حلف أن يقتل ميتاً، يعلم أنَّه حين حلف حانثٌ، وذلك أنا نعتبر الحنث بالكذب، فكل من حلف على أمر، أو أخبر عنه من دون اليمين، كان كاذباً، فمتى حلف عليه، كان حانثاً، كأن يحلف أنَّه يصعد السماء، أو يحيي ميتاً، أو يشرب ماء البحر كله؛ ألا ترى أنَّه لو أخبر عن جميع ذلك يكون كاذباً؟ فإذا حلف عليه، يجب أن يكون حانثاً، ومما يبين أنَّه حين يحلف يكون حانثاً أن من حلف أن يعتق عبده، فحنثُه عند الموت في آخر جزء من الحياة، وهي الحالة التي تحقق معها عجزه عن العتق، فإذا كان أمر الحالف معلوماً أنَّه يعجز عن فعل ما حلف عليه كان حانثاً، فأشبه الغموس.

وأيضاً فإن الله - عز وجل - قَسم الأيمان على ثلاثة: فجعل منها قسماً هو اللغو الذي لا يؤاخذ به، وجعل منها ما كسبت القلوب إثمها، وجعل منها ما عُقد من اليمين، وجعل الكفارة في قسم واحد، وهو ما عقدها، وهذه اليمين مما كسبت القلوب إثمها؛ لأنَّه حلف حين حلف مع علمه بأنه كاذبٌ، فلم يجب أن يدخل فيما عقَّدنا من الأيمان؛ لأنَّه لا يصح منا حفظها.

قال الشافعي مثل قول أبي حنيفة فيمن حلف أن يصعد السماء، أو ما جرى مجراه:

---

(١) في (ب): أنها.

إنَّه يحنث، وتلزمه فيه الكفارة بناء على إيجابه الكفارة في الغموس، وإذا بينا فيما بعد أنَّه لا كفارة في الغموس، بان أنَّه لا [١] كفارة في هذه الأيمان، إذ لا فرق بينه وبين الغموس.

فأما ما قال القاسم من أن من حلف أن يزن الفيل، فلا شيء عليه، فإنما يريد نفي الكفارة، وإلا فالإثم لازم له، لاشك فيه؛ لأنَّه حلف بالكذب، كمن حلف الغموس، والذي يجب في هذا أن ينظر فيه، فإن كان وزن الفيل مما يتعذر على القطع حتى يكون بمنـــزلة شرب الواحد ماء البحر أجمع، أو صعوده السماء، فما قاله صحيح لا /٧٠/ كفارة فيه؛ للوجه الذي بيناه، فإن كان مما يجوز التوصل إليه بإنفاق الأموال العظيمة، فيجب أن تلزم فيه الكفارة إذا مضى الوقت الذي حلف عليه، ورأى القاسم - عليه السلام - أن ذلك مما يتعذر، ولا يصح فعله منا على ما نحن عليه من مقدار قوانا وآلاتنا، فلذلك أسقط الكفارة، وليس ما رآه من ذلك ببعيد.

فصل: فيمن حلف ألا يكلم فلاناً إلاَّ بإذن زيد، فيموت زيد

قال أبو حنيفة ومحمد فيمن حلف ألا يكلم فلاناً حتى يأذن زيد، فمات زيد قبل أن يأذن: إن يمينه قد سقطت، وله أن يكلمه، وقال أبو يوسف: صارت يمينه مطلقة، ويحنث متى كلمه.

والأقرب على مذهب يحيى بن الحسين - عليه السلام - أن اليمين تسقط كما قال أبو حنيفة ومحمد، والوجه الذي اعتمد أصحابه أن هذه يمين مؤقتة؛ لأن حتى توقيت، فتعلق انعقادها بآخر الوقت، فإذا وجد آخر الوقت - وهو عند موت زيد - واستحال وجود الإذن، سقطت اليمين، وهذا يضعف جداً؛ لأنَّه علق به يمينه على شرط، وإذا استحال حصول الشرط، استحال أن يبر، ووجب أن يحنث، كما أنَّه لو حلف ألا يكلم زيداً حتى يشيب الغراب، أو يبيض القار، حنث متى كلمه.

والصحيح عندي في هذا أن يقال: إن العرف في الأيمان بمنـــزلة النطق، والعرف

---

(١) في (أ): في الغموس بأنه لا.

أن الإنسان إذا قال: لا أكلم حتى يأذن لي زيد، إنَّما يريد ما دام زيد حياً يصح منه الإذن، أو ترجى صحته إن عرضت حالة منعت منه، فكأنه لما حلف قال: لا أكلمه حتى يأذن لي زيد ما دام على هذه الصفة، وإن لم ينطق به، فإذا زالت الصفة، سقطت اليمين، وهذا الوجه يمكن أن يقال: فيمن حلف أن يقتل فلاناً، وفلان ميت، وهو لا يعلم بموته.

مسألة: في ترديد اليمين

قال: وإذا ردد أيماناً عدة في شيء واحد، ثم حنث، لم تلزمه إلاَّ كفارة واحدة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1]. وهو قول القاسم - عليه السلام-.

قال أبو حنيفة: يكفر بعدد الأيمان، وأظنه قول الشافعي.

والدليل على ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى بعد انقطاع ذكر الكفارة: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾(المائدة: ٨٩) فجعل بظاهر الآية الكفارة الواحدة كفارةً لأيمان عدة.

فإن قيل: فقد قال الله - عز وجل-: ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ﴾ (المائدة: ٨٩)، وَالْمؤاخذة على الأيمان المعقودة عندكم هي مؤاخذة بالكفارة، فإذا عقد أيماناً عدة، فيجب أن نأخذه بكفارات عدة.

قيل له: لا نسلم أنَّه عقد على الحقيقة إلاَّ يميناً واحدة؛ لأن الثانية إذا لم تفد إلاَّ ما أفادته الأولى لا يكون لها انعقاد، على أن ذلك لو كان مُسلَّماً، لم يكن لكم فيه /٧١/ حجة؛ لأنَّه تعالى أوجب بظاهر الآية على عقد الأيمان كفارة واحدة حين قال: ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ﴾، وأيضاً الموجب للكفارة هو الحنث، والحنث هو واحد، ولم يهتك إلاَّ حرمة واحدة، فوجب ألا تلزم إلاَّ كفارة واحدة؛ ولأن اليمين الثانية، والثالثة، لم تفد غير ما أفادته الأولى، فلم يجتمع هناك حرمات، بل ليس إلاَّ حرمة الأولى، دليله سائر العقود؛ لأن كل من عقد عقداً أوجب حكماً، فتكرير ذلك العقد لا يوجب غير الحكم الأول، مثل عقد الإحرام، وعقد النكاح، وعقد البيع، وعقد الإجارة.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٦، والمنتخب: ١٨٣.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون الموجب للكفارة هو اليمين، فيجب أن تكون الكفارات بحسبها؟

قيل له: عندنا أن اليمين التي انعقدت عليه إنَّما هي يمين واحدة، والباقي لا حكم لها، بمنــزلة اللغو كما بيناه في سائر العقود، على أن ذلك لو لم يكن كذلك، لم يصح أن يكون الموجب للكفارة هي[1] اليمين؛ لأن اليمين توجد ولا تجب الكفارة، ولا يوجد الحنث إلاَّ وتجب الكفارة، فالأولى أن يكون الموجب هو الحنث، كما نقول ذلك في قتل الصيد، وقتل المؤمن.

فإن قيل: ألستم تقولون: إن على القارن إذا قتل صيداً جزاءين؟ فما أنكرتم مثله[2] في كفارة اليمين؟

قيل له: لأن القارن هتك حرمة إحرامين مختلفين؛ ألا ترى أن المحرم بحجة لو عقد على نفسه إحراماً بعد إحرام لتلك الحجة بعينها، ثُمَّ قتل صيداً، لم يلزمه إلا جزاءٌ واحدٌ، ومثال ما سألتم من جزاء القارن أن يحلف فيقول: إن دخلت الدار، فعليَّ صدقة درهم، وصيام يوم، فإنه إذا حنث، لزمه الأمران جميعاً؛ لأنَّه حصل عليه عقدان مختلفان، [والله أعلم وأحكم بالصواب][3].

مسألة: في الحلف على ترك بعض الطاعة

قال: ولو أن رجلاً حلف ألا يفعل بعض الطاعات، كان له أن يفعلها، فإن فعلها، لزمته الكفارة، وإن كان من الواجبات، لزمه أن يفعلها[4]، فإذا فعلها، لزمته الكفارة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[5]. وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وحكى عن قوم أنَّه لا كفارة، وبه قال الناصر.

(١) في (ب): هو.
(٢) في (أ): بمثله.
(٣) ما بين القوسين زيادة في (أ).
(٤) في (ب): لزمه فعلها.
(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٣.

والدليل على لزوم الكفارة فيما ذكرناه قول الله - عز وجل -: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ باللَّغوِ فِي أَيْمَانِكُم﴾(المائدة:٨٩)، فبين أنَّه لا مؤاخذة علينا في اللغو، وإنما نؤاخذ فيما عقدنا الأيمان بالكفارة، ولا خلاف أن هذه الأيمان ليست من اللغو، وإنها مما عقدنا الأيمان بالكفارة[1]، فوجب فيها[2] الكفارة بظاهر الآية، وأيضاً روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «من حلف على أمرٍ، فرأى غيره خيراً منه، فليأتِ الذي هو خير، وليكفر عن يمينه».

فإن قيل: فقد روي «من حلف بيمين على شيء، ثُمَّ رأى غيره خيراً منه، فليأته، فإنه كفارته».

قيل له: /٧٢/ معناه كفارته في الإثم؛ لئلا يسقط الخبر الذي ذكرناه، ولئلا تسقط دلالة الآية، على أن خبرنا أولى؛ لأنَّه يحظر ترك الكفارة، وخبرهم يبيح تركها، فالحاظر أولى من المبيح، وهو قياس على غيرها من الأيمان بعلة أنها يمين على أمرٍ مستقبل، فمتى وقع الحنث فيها، لزمت الكفارة، وهذان الخبران يدلان على ما ذكرناه من أن الحنث فيما ذكرناه أولى، وقد دل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ..﴾ الآية (النور: ٢٢)، وروي أنها نزلت في أبي بكر، وكان حلف ألا يبر مسطحاً بشيء من إحسانه؛ لما روي عنه في باب الإفك في حديث عائشة، فنهاه الله - عز وجل- من[3] الاستمرار على ما حلف عليه من ترك الإحسان إلى مسطح بقوله تعالى: ﴿وَلا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنكُمْ..﴾ إلى آخر الآية، وأيضاً ما ذكرناه من ذلك إجماع لا خلاف فيه.

مسألة: في أنواع الأيمان

قال: ولو أن رجلاً حلف على أمر ماضٍ كاذباً، وهو لا يعلم أنَّه كاذب، بل يظن أنَّه صادق، فلا كفارة عليه، ولا إثم، ويمينه لغو، وإن حلف عليه وهو يعلم أنَّه

---

(١) سقط: الأيمان بالكفارة من (ب).

(٢) سقط من (ب): فيها.

(٣) في (ب): عن.

كاذب، فهو آثم، ولا كفارة عليه، ويمينه غموس، وعليه التوبة والاستغفار، وإن حلف على أمر مستقبل، فحنث، لزمته الكفارة، ويمينه معقودة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

وهذه الجملة هي قول زيد بن علي، والقاسم - عليهما السلام - وبها قال أبو حنيفة وأصحابه، وهو الذي حصَّله الناصر من مذهب نفسه، وحكى عن مالك.

قال الشافعي: في الغموس الكفارة، وحكى عنه في اللغو أنَّه على قولين.

قال يحيى - عليه السلام - في (الأحكام)[٢]: الأيمان ثلاث: فمنهن اللغو، وكسب القلب، وما عقدت عليه الأيمان، ثُمَّ فسر ذلك على ما بيناه.

والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾الآية (المائدة: ٨٩)، فبين - عز وجل- أن الأيمان ثلاث، فمنها اللغو الذي وعد - عز وجل-[٣] ألا يؤاخذنا بها، ومنها ما يؤاخذنا بما كسبت قلوبنا من القصد إلى الكذب على وجه التعمد، ولم يوجب فيها الكفارة، ومنها اليمين المعقودة التي أوجب فيها الكفارة، وهذا صريح ما ذهبنا إليه.

والذي يدل على أن الغموس لا كفارة فيها قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾(المائدة: ٨٩)، فعلق الكفارة على الأيمان التي أُمَرَنا بحفظها، ولا يصح الحفظ في الغموس؛ لأنها تقع والحالف حانث.

فإن قيل: يصح الحفظ في اليمين بتركها.

قيل له: هذا لا معنى له عند التحقيق؛ لأن الإنسان يحفظ الشيء مع حصوله قبل ضياعه، فأما قبل حصوله، أو بعد ضياعه، فلا معنى للحفظ، هذا هو المعروف من الحفظ، وأيضاً قد ثبت أنا لا نؤاخذ على اللغو في الماضي بنص الآية، فدل ذلك على

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٤، والمنتخب: ١٨١.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٤.

(٣) في (ب): اللغو التي وعد الله - عز وجل -.

ألا كفارة فيها، /٧٣/ فكذلك الغموس؛ لأنهما جميعاً على أمر ماض، على أن سقوط الكفارة عن اللغو الماضي لا يخلو من أن يكون لسقوط المآثم، أو لأنها في أمر ماض، ولا يجوز أن يكون لسقوط المآثم؛ لأنَّ اليمين على المستقبل لا تسقط عنها الكفارة - فيما يأثم فيها، وما لا يأثم - بل سقوط الإثم وثبوته لا يغيران حكم الكفارة، فثبت أن الكفارة سقطت عنها لأنها على أمر ماض، فوجب أن تكون الغموس كذلك.

فإن قيل: الكفارة وجبت لحرمة اللفظ، والغموس قد شاركت المعقودة في حرمة اللفظ.

قيل له: يكون وجوب الكفارة لحرمة اللفظ؛ لان ذلك لو كان كذلك، لوجب أن تلزم الكفارة في اللغو؛ لوجود حرمة اللفظ في قول الرجل: والله، وإن لم يعلقه على شيء.

فإن قيل: قوله تعالى:﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ يقتضي إيجاب الكفارة في الغموس؛ لأن المؤاخذة التي تتعلق بكسب القلب إنما يكون بالقصد إلى ما لا يجوز الحلف عليه.

قيل له: الله تعالى ذكر أنَّه يؤاخذ بكسب القلب، ولم يقل إن المؤاخذة بالكفارة، فليس في ظاهر الآية إيجاب الكفارة، ونحن نقول: إنَّه يؤاخذ، ولكن المراد به العقوبة، يبين ذلك أنَّه لا ذكر فيه للكفارة، وأيضاً لا خلاف أن وجوب الكفارة ترجع إلى اللفظ دون كسب القلب، فلا وجه لتعلقهم بالآية، وأيضاً الكفارة لا يختلف حكمها بين أن يكون الحالف آثماً في حلفه، أو غير آثم، فعُلم أنها لم تتعلق بكسب القلب، ولا يصح تعلقهم بظاهر قوله: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُم﴾(المائدة:٨٩)؛ لأن فيه ضميراً بالإجماع؛ لأن المراد به إذا حلفتم، وحنثتم، فالآية لا ظاهر لها فنقول: تأويلها إذا حلفتم، ثُمَّ حنثتم، وهذا لا يكون إلاَّ في المستقبل، ومما يدل على أن المعقودة التي تعلقت الكفارة بها ما ذهبنا إليه أن[1] المعقودة هي التي يصح فيها المضي عليه معقوداً ويصح حِله، والغموس لا يصح فيها لا المضي على عقدها، ولا حلها؛ لأنها تقع محلولة مقارنة للحنث، فلا تكون معقودة على وجه من الوجوه.

---

(١) في (ب): لأن.

فإن قيل: العقد هو القصد، فذلك لا معنى له؛ لأن العقد مأخوذ من عقد الحبل ومشبه به، وهو الذي يصح تركه معقوداً، ويصح حله، وما يقدر فيه الأمران لا يصح أن يقال إنَّه معقود.

فإن قيل: ما تنكر على من قال: إنَّه يمكن تركه معقوداً، وإن لم يمكن حله؟

قيل له: هذا محال؛ لأنه لو صح أن يقال: إن اليمين معقودة مع وقوع الحنث، لم يصح أن تكون يمين تحل؛ لأن حلها ليس أكثر من الحنث حتى يصير وجودها وعدمها سواء، في أنها لا حرمة لها، على أن /٧٤/ ذلك لو كان كذلك، كان لا كفارة فيها؛ لأن اليمين لا تبقى مع الحنث، بدلالة أن من حنث منها مرة، ثم حنث ثانياً، أنَّه لا تلزمه في الحنث الثاني كفارة؛ لأن اليمين قد انتهكت حرمتها بالحنث، فإذا ثبت ذلك، فاليمين التي تقع مع الحنث يجب أن تكون وقعت وقد هتكت حرمتها، فيجب ألا يلزم فيها الكفارة لعدم الحرمة، وهذه النكتة من أقوى ما يبين هذه المسألة، والله أعلم، فإذا ثبت أن الغموس لا حرمة لها، يمكن أن تقاس على يمين الصبي بعلة أنَّه لا حرمة لها، فوجب ألا تلزم فيها الكفارة.

ويمكن أن تقاس الغموس على اللغو بثلاث علل:

إحداها: ما مضى من أنها يمين على أمرٍ ماض، فلا تجب فيها الكفارة.

والثانية: أنها لا تقع إلاَّ مع الحنث، فلا تجب فيها الكفارة.

والثالثة: أنها تقع، ولا يمكن حفظها، ولا حلها.

ويمكن بعلة رابعة أنها تقع، وحرمتها بالحنث مهتوكة والله أعلم[(١)].

مسألة: فيمن قال: مالي للمساكين إن لم أفعل، فلم يفعل

قال القاسم - عليه السلام - فيمن قال: مالي للمساكين إن لم أفعل، ثُمَّ لم يفعل: إن عليه أن يخرج ثلث ماله إلى المساكين[(٢)]، ويمسك باقيه على نفسه.

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٢) في (ب): للمساكين.

وهذه المسألة تشتمل على مسألتين:

إحداهما: من حلف بجميع ماله، يجزئه إخراج الثلث، وهذا قد تكلمنا عليه في كتاب الحج بما أغنى.

والثانية: أنَّه يلزمه الوفاء بما نذر به إن حنث، وهذا مما اختلف فيه، فذهب أبو حنيفة إلى أنَّه يلزمه الوفاء بما ألزم نفسه مثل قولنا، وذهب الشافعي إلى أنَّه مخيرٌ بين أن يفي بذلك، وبين أن يُلزَم كفارة اليمين.

ووجهه: أن لزوم الوفاء لا خلاف فيه، وقد أوجبه قول الله - عز وجل -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(المائدة:١)، وقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: «المؤمنون عند شروطهم».وقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]، وإنما الخلاف في هل تقوم الكفارة مقامه، أو لا[٢]؟ ولا يصح إثبات بدل ولا دليل عليه، فوجب سقوطه.

فإن قيل: فقد قال الله - عز وجل -: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ (المائدة: ٨٩)، وهذا ضرب من اليمين؛ ولأن الناذر أخرجه مخرج اليمين.

قيل له: ليس بيمين في الحقيقة، وإن كان الناذر أخرجه مخرج اليمين؛ ألا ترى أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما قال: «واليمين على المدعَى عليه». لم يقل يدخل فيها هذا القبيل؟ فعُلم أنَّه ليس بيمين في الحقيقة، فلا يجب أن يحمل ظاهر الآية عليه، وأيضاً لا خلاف أن الكفارة لا مدخل لها في الأيمان بالطلاق، والعتاق، فكذلك في الصدقات، والحج، والصيام، والعلة أنها أيمانٌ بغير الله، ولا خلاف أن الكفارة لا يدخلها في قول الرجل: إن شفى الله مريضي، فللّه عليَّ صدقة درهم، أو صيام يوم، كذلك إن قال[٣]: إن دخلت الدار، والمعنى أن كل واحد منهما قربة متعلقة بشرط، فمتى حصل الشرط، وجبت القربة، ولم يكن للكفارة فيه مدخل.

---

(١) كذا.

(٢) في (ب): أم لا.

(٣) في نسخة: كان، وظنن على: قال.

فإن قيل: قد أخذ ذلك بشيئين[1]: أحدهما من النذر، والآخر من اليمين، فليس مَن قصَره على أحدهما بأولى ممن قصره على الآخر، فوجب أن يخيره بينهما بين أن يجعله نذراً اقتضاء، وبين أن يجعله /٧٥/ يميناً، فيكفر.

قيل له: قولك: ليس مَن قَصَره على أحدهما بأولى ممن قصره على الآخر، خطأ، وذلك أن من قصره على النذر، فقد قصره على أمر أجمع المسلمون على صحته؛ لأنَّه لا خلاف في أنَّه لو أجراه مجرى النذر ووفى به، أجزأه، وصح منه، ودلت عليه أدلة الأثر، والنظر، على ما بيناه، وليس كذلك من قصره على اليمين، فإنه يكون قاصراً له على أمر لا دليل عليه، فكيف يستوي حكمهما؟[2] وأيضاً الاحتياط يوجب ما ذهبنا إليه، وأيضاً الحظر يشهد لنا؛ لأنا نحظر العدول عن الوفاء، ويبيحون العدول عنه إلى الكفارة.

مسألة: فيمن نذر أكثر من نذر ولم يسمه

قال: ولو أن رجلاً قال: لله علي ثلاثون، أو عشرون نذراً، أو أقل، أو أكثر، و لم يسم شيئاً معلوماً، وحنث، وجب عليه أن يكفر عن كل نذر كفارة يمين.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3]. وبه قال أبو حنيفة.

والأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين»[4]. فأوجب فيه كفارة يمين؛ لأنَّه نذر لم يتعلق بالقربة، وروي أيضاً عن عقبة بن عامر أنَّه قال: أشهد أني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «من نذر نذراً لم يسمه، فعليه كفارة يمين»[5]. وروي

---

(١) في (أ): بشرطين.

(٢) في (ب): حكمها.

(٣) انظر: المنتخب: ١٧٢.

(٤) أخرجه الحاكم ٤/٣٣٩، والترمذي ٤/١٠٣، والبيهقي ١٠/٧٠، عن عمران بن الحصين.

(٥) أخرجه البيهقي ١٠/٤٥، وأبو داود ٣/٢٤١، وابن ماجة ١/٦٨٧، وابن أبي شيبة ٣/٦٩.

عن ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رواه محمد بن منصور[١]، وهذا نص فيما قلناه، وأيضاً قد أوجب على نفسه لله - عز وجل - أمراً لم يسمه، ولم يقل أحد فيه بشيء سوى كفارة يمين، فقلنا به؛ لأنا لو لم نقل به، كنا ألغينا الإيجاب، وقد حصل.

مسألة: في تعدد الكفارة بتعدد القتلة

قال القاسم - عليه السلام -: إذا اجتمع رجلان على قتل رجل خطأ، لزم كل واحد منهما كفارة عن نفسه، وذلك أن كل واحد منهما قاتل، فالكفارة لزمته لكونه قاتلاً.

فإن قيل: فهلاَّ قلتم: إن على كل واحد منهما دية كاملة؟.

قلنا: لأن الدية في مقابلة الدم، والدم دم واحد، والكفارة ليست في مقابلة الدم؛ لأنها ليست بعوض عن الدم، والكفارة في مقابلة الجناية[٢]، فإذا ثبتت الجناية من كل واحد منهما، لزمته في نفسه كفارة، كما قلنا ذلك في المحرمين إذا اشتركا في قتل صيد: إن على كل واحد منهما جزاءاً كاملاً؛ لأن الجزاء ليس في مقابلة الصيد، وإنما هو في مقابلة الجناية؛ ألا ترى أن الصيد لو كان ملكاً لإنسان، لزمهما معاً لمالكه قيمة واحدة؛ لأن القيمة عوض للصيد، وفي مقابلته؟ وهكذا نقول في السُرَّاق إذا اجتمعوا على سرقة مال، كان على الجميع ضمان واحد، وكل واحد منهم استحق القطع.

مسألة: في حكم كفارة القتل

قال: وتجب الكفارة على كل من قتل مسلماً، أو ذمياً، خطأ، أو عمداً.

إيجاب الكفارة في قتل العمد نص عليه في (المنتخب) [٣]، ودل كلامه في

---

(١) أخرجه في الأمالي ٤/٢٥٦.

(٢) في (أ): والكفارة ليست بعوض عن الدم، والكفارة في مقابلة الجناية.

(٣) انظر: المنتخب: ٣٩٤.

(الأحكام)[١] على أن لا شيء على العامد غير القود، أو الدية، إلاَّ أن نصه أولى أن /٧٦/ يكون قولاً له من دلالة كلامه.

وقال أبو حنيفة: لا كفارة عليه، وقال الشافعي: عليه الكفارة.

قال - أيده الله-: والأصح عندي إيجاب الكفارة على ما نص عليه في (المنتخب).

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾(النساء: ٩٢)، فلم يشترط في هذين أن يكون القتل خطأ، وأوجب الكفارة، فاقتضى حكم العموم أن تجب الكفارة في قتلهما - خطأ كان، أو عمداً - ولا يمكن أن يقال: إن صدر الآية لما كان خاصاً، وجب أن يكون وسطها وعجزها كذلك؛ لأنَّه لا يمتنع أن يكون الصدر عاماً، والعجز خاصاً، والصدر خاصاً، والعجز عاماً، ألا ترى أنَّه خص المؤمن في الأول والثاني، وفي الثالث عم الذمي والملي بقوله - عز وجل-: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَاقٌ﴾.

وأيضاً روي عن ابن الأسقع قال: آتينا النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله عنه بكل عضو منها عضواً من النار»[٢]. وإيجاب النار يكون في العمد من القتل، ويدل على ذلك أن العامد قد شارك المخطئ في الجناية، وزاد العمد، فازدادت الجناية، ولا يجوز أن يكون عظم الجناية سبباً للتخفيف، فوجب ألا يكون العامد أحسن حالاً من المخطئ، ولا فصل بينهما إلاَّ العمد فقط الذي هو سبب لتعظيم الجناية، ثُمَّ الأصول كلها شاهدة لما قلنا؛ ألا ترى أن من لزمته الفدية لحلق لا مأثم معه لعذر، كان من حلق على وجه يأثم بها أولى؟ وكذلك من لزمته قضاء صلاة فائتة[٣]، ناسياً، أو نائماً، كان من تركها عامداً[٤] بذلك أولى، وهكذا

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٩١.
(٢) أخرجه البيهقي ١٣٢/٨، والنسائي ١٧٢/٣، والطبراني في الكبير ٩١/٢٢.
(٣) في نسخة: فاتته.
(٤) سقط من (ب): عامداً، وظنن عليها.

قضاء الصوم، فإذا استوى العامد والمخطئ في قتل الصيد مع الإحرام في باب الجزاء، كان قاتل الآدمي بذلك أولى؛ لأنَّه أراق دماً محقوناً على التأبيد، فوجب أن تلزمه الكفارة، قياساً عليه لو قتله خطأ، وأيضاً هو دم آدمي لا بد فيه من عوض، فوجب أن تلزم فيه الكفارة، دليله الخطأ من القتل.

فإن قيل: المنصوص لا يقاس على المنصوص عليه، وقد نص الله على حكم العامد، وكذلك نص على حكم المخطئ، فلا وجه لقياس أحدهما على صاحبه.

قيل له: إن أردت أن الحكم الذي ورد النص فيه لا يقاس على حكم آخر ورد النص فيه، فهو صحيح، وإن أردت أن المنصوص عليه في جملة من أحكامه، إذا كان له حكم آخر لم يرد فيه النص، لا يجوز أن يقاس على منصوص آخر ورد النص في جملة أحكامه، وفي ذلك الحكم بعينه، فهذا غير مسلم، والكفارة أمر ورد النص بها في حكم المخطئ، ولم يجر حكمها في حكم العامد، فلا يمتنع أن نقيسه /٧٧/ عليه في هذا الحكم؛ إذ النص تناوله في أحد الأصلين، ولم يتناوله في الأصل الثاني، فأما المنع في ذلك، فهو أن نقيس السلم على بيع العين فنقول: لا يصح السلم إلاَّ أن يكون المسلم فيه في ملك المسلم إليه، كالبيع؛ لأن كل واحد من الحكمين قد ثبت من طريق النص في كل واحد من الأصلين، وأن نقيس الصرف على سائر البيوع، فيبطل التأجيل في سائر البيوع، وأن نصححه في الصرف قياساً لبعضه على بعض، فأما على الوجه الذي قدمناه، فلا يمتنع.

فإن قيل: لو جاز ذلك، جاز أن يقاس التيمم على الوضوء، فيوجب تيمم الرأس، والرجلين.

قيل له: ليس الامتناع من هذا الوجه الذي ذكرتم، بل لأن المسلمين أجمعوا على ترك القياس فيه؛ لما عرفوا من حكم التيمم، وسمعوه من النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ويوضح[1] ذلك أن هاهنا كثيراً من القياس يصح في نفسه، لكن المسلمين لما أجمعوا على تركه، تركناه، وسبب وجوه الترك تكثر، وتختلف.

---

(١) في (ب): يوضح.

وعلى هذا يجب أن يجري الكلام إن قالوا: لا يجوز قياس السارق على قاطع الطريق في قطع الرجل، وما جرى هذا المجرى من المسائل، وحكى عن أبي حنيفة أنَّه قال: إذا قتل الأب ابنه عامداً، لزمته الكفارة، وهذا يعتبر من عامة ما تعلقوا به، ويكون أصلاً يصح لنا القياس عليه.

وأما الذمي، فلا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة والشافعي في أن على قاتله الكفارة مثل ما على قاتل المسلم، وحكى عن قوم أنهم نفوها، وعموم قوله: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُم وَبَيْنَهُم مِيثَاق﴾(النساء:٩٢) يحجهم؛ لأنَّه يجب ذلك بأن يكون على أي وجه كان - عمداً، أو نسياناً - وكثيرٌ من القياس الذي ذكرناه في العامد يصح أن يذكر هاهنا، ويقاس على المسلم، نحو قولنا هو محقون الدم على التأبيد، ولا بد له من عوض، والله أعلم وأحكم بالصواب(١).

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

باب القول في كفارة اليمين

مسألة: في أنواع كفارة اليمين

كفارة اليمين هي إطعام عشرة مساكين من فقراء المسلمين، ومساكينهم، الذين توضع فيهم زكوات المسلمين وأعشارهم، دون فقراء أهل الذمة، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[١].

هذه الجملة لا خلاف فيها بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه والشافعي، ولا أحفظ فيه أيضاً عن غيرهم[٢] خلافاً، إلاَّ في موضع واحد، وهو جواز صرفها إلى فقراء أهل الذمة، فإن أبا حنيفة وأصحابه أجازوه، ومنع زيد بن علي - عليهما السلام - من ذلك، وكذلك الشافعي منع منه.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾(التوبة:٦٠)، ولا /٧٨/ خلاف بين المسلمين أن المراد بالفقراء والمساكين في هذه الآية فقراء المسلمين ومساكينهم، والألف واللام الداخلان في الصدقات هما للجنس، فكأنه قال - عز وجل -: جميع الصدقات لفقراء المسلمين ومساكينهم، فلم يجز أن يصرف شيء من الصدقات إلى غيرهم.

فإن قيل: فهل تنكرون[٣] جواز صرف الصدقات المتطوَع بها إلى أهل الذمة؟.

قيل له: لا ننكر ذلك، وإن كانت الآية اقتضت[٤] المنع من ذلك، لكن خصصنا الآية لوجوه ليس هذا موضع ذكرها، ويدل على ذلك أيضاً قول الله - عز وجل -:

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٤، ١٧٩، ١٨٤، ١٨٥، والمنتخب: ١٨٢.

(٢) في (أ): عرفهم.

(٣) في (ب): فهل تجيزون. ونبه على: تنكرون.

(٤) في (ا): كانت اقتضت.

﴿لا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾(المجادلة: ٢٢)، والبذل والإعطاء من الموادَّة، فلا يجوز منه إلاَّ ما قام دليله، ويدل على ذلك قوله – عليه السلام –: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم، وأردها في فقرائكم».

فإن قيل: وهذا مما لم نؤمر بأخذه.

قيل له: ذلك غير مُسلَّم، فإن الإمام يأخذ كل ما وجب على المسلم إذا امتنع من أدائه، ونقيسها على الزكوات والعشور، فنقول: قد أجمعنا[١] على أنَّه لا يجوز أن يدفع إلى أهل الذمة شيء من الزكوات والعشور، فكذلك صدقات الكفارات، والعلة أنها صدقة واجبة، وأيضاً قد أجمعنا أن هذه الصدقات لا يجوز دفعها إلى الحربي، فكذلك إلى الذمي، (والمعنى أنَّه كافر مشرك)[٢].

فإن قيل: فقد قال الله – عز وجل –: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً﴾(الإنسان: ٨) والأسير في أيدي المسلمين لم يكن يومئذ إلاَّ كافراً.

قيل له: يجوز أن يكون المراد به الإطعام على سبيل التطوع، ونحن لا ننكر ذلك، ويدل على صحة هذا التأويل أن الأسير إذ ذاك لم يكن ذمياً، و لم يكن إلاَّ حربياً، ولا خلاف أنَّه لا يدفع إلى الحربي إلاَّ ما يتطوع به.

فإن قيل: روي أن الناس تجنبوا دفع الصدقة إلى غير أهل دينهم، فأنزل الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكَ هُدَاهُمْ﴾(البقرة: ٢٧٢)، فقال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم–: «تصدقوا على أهل الأديان»[٣].

قيل له: معناه التطوع؛ بالأدلة التي تقدمت.

فإن قيل: نحن نقيسها على صدقة التطوع بعلة أن أخذها ليس إلى الإمام، لم نسلم لهم العلة، ومعنا الحظر، والاحتياط.

---

(١) في (أ): فنقول كل ما وجب على المسلم إذا امتنع من أدائه قد أجمعنا.

(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٠١/٢ عن سعيد بن جبير.

مسألة: في أفضل أنواع الكفارة

والمكفِّر بالخيار بين هذه الكفارات الثلاث، يفعل أيها شاء، والكسوة أفضل من الإطعام، والعتق أفضل من الكسوة، فمن لم يجد شيئاً من ذلك، فعليه أن يصوم ثلاثة أيام متتابعات لا يفرق بينهن.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[١].

وهذه الجملة لا خلاف فيها إلاَّ في موضع واحد، وهو التتابع في الصيام، فإن الشافعي جوزه غير متتابع في أحد قوليه، وقال أبو حنيفة: لا بد من التتابع مثل قولنا، وهو قول زيد بن علي عليه[٢] السلام.

و/٧٩/ الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِين..﴾ الآية (المائدة: ٨٩)، ففصل بين الكفارات الثلاث بأو، وأو في الأمر موضوع عند العرب للتخيير، لا خلاف فيه بينهم، ولا إشكال، فدل ذلك على أن المكفر فيها بالخيار.

وأما الصيام، فلا يجوز إلاَّ مع ضرورة الفقر؛ لأنَّه - عز وجل - قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ﴾(المائدة: ٨٩).

وقلنا: إن العتق أفضلها؛ لأنَّه أعلاها، ثُمَّ الكسوة؛ لأنها دونه، ثُمَّ الإطعام؛ لأنَّه دونها، وجميع ذلك لا خلاف فيه.

فأما تتابع الصوم، فالأصل فيه قراءة عبد الله ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مَتَتَابِعَات﴾، وقد قيل: إن قراءته كانت مشهورة مستفيضة في تلك الأيام، وهذه القراءة وإن كانت[٣] لم تبلغ (شهرتها واستفاضتها)[٤] ما يجعلها تلاوة، وزيادة في القرآن، فإنها تجري مجرى خبر الواحد، وتوجب العمل، وإن لم توجب العلم، فيجب الانتهاء إلى العمل بموجبها.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٤، والمنتخب: ١٨٢.

(٢) في (ب): عليهما.

(٣) سقط من (أ): كانت.

(٤) سقط ما بين القوسين من (ب).

ومن طريق النظر هو صوم كفارة[١] فيها عتق، فأشبه صوم الظهار (في وجوب التتابع، وإن شئت قلت: هو كفارة لفظ، فأشبه صوم الظهار)[٢]، وأيضاً وجدنا صيام الكفارات وما جرى مجراها على ضربين، ضرب هو مرتب على غيره، فلا بد فيه من التتابع، أو التفريق[٣]، فلا تخيير فيه بين التفريق والتتابع، وذلك كصيام المتمتع الذي هو بدل الهدي، ومرتَّب عليه؛ ألا ترى أنَّه يجب فيه التفريق، ولا يجوز فيه التتابع؛ لأن ثلاثة منها في الحج، وسبعة إذا رجعتم[٤]؟ وصوم الظهار، وصوم كفارة القتل، ألا ترى أنَّه يجب فيهما التتابع؛ إذ هما مرتبان على العتق؟ وضرب لا ترتيب فيه، فلا يجب فيه التتابع، ولا التفريق، كصوم جزاء الصيد، وفدية الأذى، ثُمَّ وجدنا صيام كفارة اليمين مرتباً على العتق، والكسوة، والإطعام.

وقلنا: يجب فيه التفريق، أو التتابع، فلما أجمعوا على أن التفريق فيه غير واجب، علمنا أن التتابع فيه واجب.

مسألة: في مقدار الإطعام في كفارة اليمين

ومن أراد الإطعام، أطعم عشرة مساكين، غدَّاهم، وعشَّاهم، ويكون ذلك نصف صاع من دقيق، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير مما يأكله هو وأهله، من الذرة، أو غيرها، ويأدمهم بأوسط الإدام.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[٥].

ويجب أن يكون المراد بقوله نصف صاع من دقيق: دقيق البر؛ لأنَّه لا يجوز أن يوجب صاعاً من الشعير، ونصف صاع من دقيق.

وقال أبو حنيفة: نصف صاعٍ من بر، أو صاع من شعير، أو تمر، وهو قريب من

---

(١) في (أ): هو كفارة.

(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٣) في (أ): أو التتابع التفريق.

(٤) في (ب): رجع.

(٥) انظر: الأحكام: ١٧٤/٢ - ١٧٥، والمنتخب ١٨٢.

قولنا إلاَّ في مقدار الصاع، ففيه بيننا وبينه خلاف، وقد مضى ذكره في زكاة الفطر، قال الشافعي: يجزئ مدان[١].

والأصل في هذا حديث أوس بن الصامت حين ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة أن النبي[٢] - صلى الله عليه وآله وسلم - أعانه /٨٠/ بعرق من التمر[٣]، وأعانته هي بعرق آخر، وذلك ستون صاعاً، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «تصدق به». وقال: «اتق الله، وارجع إلى زوجتك».فلما أمر رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يتصدق بستين صاعاً من تمر على ستين مسكيناً، ثبت أن لكل مسكين صاعاً من تمر.

فإن قيل: فقد روي في من أفطر في شهر رمضان أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أعانه بخمسة عشر صاعاً من تمر، وذلك يكون لكل مسكين مد.

قيل له: كفارة الصوم عندنا ليست بواجبة، بل مستحبة، والمستحب يجوز أن يعطى فيه ما يتسهل، على أنها لو ثبت وجوبها، لم يكن في ذلك دليل على أن ذلك جميع الواجب؛ إذ جاز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أعانه بما حضر على أن يكون الباقي في ذمته، وفي الخبر ما يدل على أن ذلك لم يكن واجباً، وهو أنَّه لما أمره النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بالتصدق بذلك، قال: ما على الأرض أحوج مني ومن أهل بيتي[٤]، قال: «فكله مع أهل بيتك، وصم يوماً مكانه، واستغفر الله».

ويدل على ذلك ما روي من حديث كعب بن عجرة حين أمره أن يحلق رأسه «انسك نسيكة، أو صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، كل مسكين نصف صاع من حنطة» وفي بعضها: «أطعم فرقاً في ستة مساكين» وذلك لكل مسكين نصف صاع.

---

(١) في (أ): مد، وفي (ب) مدين.

(٢) في (ب): رسول الله.

(٣) في (أ): من تمر.

(٤) في (أ): على أحوج مني ومن أهل بيتي.

وروي، عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «يغديهم، ويعشيهم، نصف صاعٍ من بر، أو سويق، أو دقيق، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير»[١].

وقلنا: إنَّه يجوز أن يطعم من غير ذلك مما يأكله، ويقتاته من الذرة وغيرها؛ لأن الله - عز وجل - قال: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾(المائدة: ٨٩)، فأشار إلى ما نطعمه أهلنا، وهذا التقدير كافٍ للطعام على جاري العادة في الأكل. والله أعلم وأحكم[٢].

مسألة: في مقدار كسوة المساكين في الكفارة

ومن أراد الكسوة، كسا عشرة مساكين كسوة سابغة، مثل قميص سابغ، أو ملحفة سابغة، أو كساء سابغ، ولا تجزئ عمامة وحدها، ولا سراويل وحده.

وهو منصوص عليه في (المنتخب) والأحكام[٣].

وبه قال أبو حنيفة: وحكى عنه إجازة السراويل وحده، قال أبو بكر: الصَّحيح أنَّه لا يجزي، قال الشافعي: يجزئ من الكسوة سراويل، أو عمامة.

الأصل فيه: أن الكسوة هي التي يكون الإنسان يلبسها مكتسياً على الإطلاق، وذلك لا يكون إلاَّ ما يكسو عامة بدنه، وقد علمنا أن ما ذكرناه إذا لبسه الإنسان، قيل إنَّه مكتسٍ، فأما السراويل وحده، والعمامة وحدها، فإن لابس كل واحد منهما لا يسمى مكتسياً، ولا خلاف أنَّه لا يجزئ فيه جورب، ولا خف، ولا قلنسوة، فكذلك السراويل، والعمامة، والعلة أن كل واحد من ذلك لا يستر إلاَّ الأقل من بدنه، وأن اسم المكتسي لا يتناوله على الإطلاق، على أن من أعطى غيره سراويل، أو عمامة، لا /٨١/ يقال إنَّه كساه، كما لا يقال ذلك في الخف، والجورب، فلذلك قلنا إنهما لا يجزئان.

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الصوم باب كفارة الأيمان.

(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٤، والمنتخب: ١٨٢.

مسألة: في أوصاف الرقبة التي تجزئ في الكفارة

قال: ومن أراد العتق، أعتق رقبة ليست بكافرة، صغيرة، أو كبيرة ولا بأس أن يكون مكفوفاً، أو أعرج، أو أشل، أو أخرس، أو مجنوناً، فإن كان مسلماً سالماً، فهو أفضل، فأما في كفارة القتل فلا يجوز إلاَّ صحيح بالغ، وأما في النذور، فهو ما يوجبه الإنسان على نفسه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[١].

قال أبو حنيفة: يجزئ الكافر، ولا يجزئ المؤوف[٢]، وله في ذلك تفاصيل تطول، قال الشافعي: لا يجزئ إلاَّ المؤمن، ولا يجزئ من المؤوف ما تبين آفته حتى يصير بالعمل ضرراً بيناً.

والأصل في هذا: أن الله - عز وجل - عمَّ ولم يخص، فوجب أن يجزئ كل ما يسمى به، وكل ما ذكرنا يسمى رقبة، فوجب أن يجزئ، فإن قاسه الشافعي على رقبة القتل، بعلة أنها رقبة وجبت في كفارة، فوجب أن تكون مؤمنة، فقياسهم معارض بأن نقيسها على الكسوة؛ بعلة أن كل واحد منهما كفارة يمين بما يجوز فيه الإعارة، والإجارة، فوجب أن يجزئ منها[٣] ما يحصل الاسم من غير اعتبار[٤] صفاته، وذكرنا الإعارة لئلا يلزم الإطعام؛ لأنَّه مما يقل الانتفاع به، ومتى لم تراعَ صفاته، زال الانتفاع، أو صار يسيراً، على أن في تخليص من ذكرنا من المؤوفين من الرق مثوبة عظيمة، فيجب أن يجزئ.

فأما الكافر، فإنه منع منه ؛ لأن من أصله ألا قربة في عتق الكافر، والكفارة تتعلق بالقربة، فأما في القتل، فلا يجزئ عنده إلاَّ صحيح بالغ مؤمن؛ لأن الله سبحانه غلَّظ الأمر فيه، ولم يطلق الرقبة، بل اشترط فيها الإيمان، فوجب عنده أن تراعى سائر

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٤ — ١٧٧، والمنتخب: ١٨٤.

(٢) الْمَؤُوف: الذي أصابتهُ الآفة، أي: العاهة. القاموس المحيط ٧٣٢.

(٣) في (ب): منه.

(٤) في (أ): من اعتبار.

أوصافها، وليس بعد الإيمان إلاَّ سلامة الأعضاء.

واشترط البلوغ؛ لأن الأيمان لا تتم حقيقة إلاَّ مع البلوغ، وأيضاً كونه غير بالغ نقصة في السن، كما أن كونه غير مؤمن نقص في الدين، وكما أن كونه مؤوفاً نقص في الجسم، فلما وجب أن يراعى النقص والتمام في الدين، وجب أن يراعى في الجسم والسن؛ لأنها أجمع من أعظم[1] صفاته.

قال: والأفضل في الجميع أن يكون بالغاً صحيحاً مؤمناً؛ لأن ذلك أعظم ثمناً؛ ولأنه لا خلاف فيه.

وأما النذر، فلا خلاف أنَّه بحسب ما أوجبه، إن أطلق فهو كما قلنا في كفارة اليمين والظهار، وإن نوى أمراً، فله نيته.

مسألة: في عتق ولد الزنى والمدبر والمكاتبة في الكفارات

قال: ولا بأس أن يعتق ولد الزنى في الكفارات كلها، ولا يجوز عتق المكاتبة، ولا ولدها، ولا عتق أم الولد، وأكره عتق المدبر في القتل، ولا بأس به في الظهار، واليمين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ولد الزنى فليس يؤثر في شيء من أحواله، لا دينه، ولا عمله، ولا سِنه، ولا جسمه، فوجب أن يجزئ كما يجزئ من هو لرشدة[3].

والمكاتبة فقد بطل تصرف مولاها فيها، وحصل لها /٨٢/ كثير من أحكام الحرية بالكتابة، فلم تجز، وكذلك ولدها؛ لأنَّه في حكمها.

وأم الولد، فقد استحقت العتق على التحقيق من حيث لا يجوز أن يرد ما يبطل استحقاقها عليها[4]، فأشبهت الحر، والعبد بين الشريكين، في أن ملكه غير تام.

---

(١) في (ب): معظم.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٧، ١٧٩.

(٣) من هو لِرِشْدَة: أي ليس ولد زنى.

(٤) سقط من (ب): عليها.

وأما المدبر، فإنه وإن كان قد استحق العتق، فإنه استحقه عندنا على وجه يجوز عليه البطلان، وتصرف مولاه باقي عليه بعد[١]، فلا هو في حكم المكاتب ولا في حكم أم الولد، فوجب أن يجزئ، وكرهه في كفارة القتل؛ لأن الأمر فيها مغلظ، وليست كسائر الكفارات.

مسألة: في إخراج القيمة بدل الطعام والكسوة

قال القاسم - عليه السلام -: ولا بأس أن يخرج إلى الفقراء في كفارة اليمين قيمة الطعام بدل الطعام، وقيمة الكسوة[٢] بدل الكسوة، وأجاز أبو حنيفة وأصحابه القيمة في هذا، وفي الزكوات والعشور، ومنع الشافعي من القيمة في الجميع، وأجاز أصحابنا القيمة في هذا دون الزكوات والعشور.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الله تعالى أمر بالإطعام، والكسوة، وقد علمنا أن من أعطى غيره قيمة الطعام ليُطعَم، قيل له[٣] أطعمه، وكذلك من أعطاه قيمة الكسوة ليكتسي، يقال: إنَّه كساه، ويقال: فلان في إطعام فلان وفي كسوته، إذا كان طعامه وكسوته مما[٤] يصل إليه من جهته، وإن كان الواصل إليه ورِقاً، أو غير ذلك من القيم؛ ألا ترى أن رجلاً لو دفع مالاً له إلى رجل، وقال: يجب أن يكسو هذا غلامي، ويطعمه، جاز أن يوليه شراء طعامهم، وكسوته، وأن يدفع الوَرِق إليه؛ ألا ترى أن الكسوة لو حُملت على حقيقة اللغة دون العرف، كان يجب ألا يجزئ حتى يكسوه بيده؟ وكذلك الإطعام، فلما لم يجب ذلك، عُلم أن الإطعام، والكسوة يجب الرجوع فيها إلى العرف، والعرف ما ذكرنا، يبين ذلك أن الموضع الذي يجب فيه الكسوة لا يجب التمليك (ككسوة الرجل زوجته، فلولا أن الكسوة في الكفارات جائزة، لم يجب فيها التمليك)[٥]، فأما العشور والزكوات فلا تشبه هذا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله

---

(١) سقط من (أ): بعد.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٧.

(٣) في (ب): يقال له.

(٤) في (أ): ما.

(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).

وسلم - سمى الواجب، ونص عليه، فقال: «في أربعين شاةً شاة، وفي مائتي درهم خمسة دراهم». وقال: «اعطوا الحبَّ من الحب» وغير ذلك مما يطول شرحه، فعين حقوق الفقراء، فلم يجز العدول عنها، وليس كذلك الإطعام والكسوة في الكفارة لما بيناه.

فإن قيل: فيجوز أن يدفع نصف صاع من تمر جيد عن صاع[1] من تمر رديء.

قيل له: لا يجوز ذلك؛ لأنه عين ما ورد به النص، لكنا نجوز نصف صاع من الأرز عن صاع من شعير، أو ثوباً عن صاع، أو صاعين، إذا كانت قيمة ذلك، ونوى المعطي ما ذكرناه.

مسألة: في الترديد في الكفارة

قال: ومن لم يجد عشرة مساكين، لم يجز له أن يردد على[2] من وجده منهم الإطعام ولا الكسوة، وكذلك القول في كفارة الظهار لا بد فيها من إطعام ستين مسكيناً لمن أراد الإطعام، كما لم يكن بُد /٨٣/ في كفارة اليمين من إطعام عشرة مساكين، و لم يجز فيها الترديد.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[3].

قال زيد بن علي: يجزئه إلى مسكين[4] واحد[5]. معناه هل يجزئه، وقال أبو حنيفة: ذلك جائز، وبه قال الناصر، وقال الشافعي وزفر مثل قولنا، وقال محمد مثل قول أبي حنيفة، واختلفت الرواية عن أبي يوسف.

والأصل فيه: قول الله - عز وجل -: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾(المائدة: ٨٩)، فنص على عدد المساكين، فلم يجز الاقتصار على ما دونه، وكذلك قال في الظهار:

---

(١) في (أ): جيد وصاع.

(٢) في (أ): يرد وعلى.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/١٧٥، والمنتخب: ١٨٢.

(٤) في (ب): يجزيه إلاّ من مسكين، وظنن عليها بقوله: إلاّ في مسكين، معناه فلا يجزيه.

(٥) مسند الإمام زيد كتاب الصوم، باب كفارة الأيمان.

﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾(المجادلة: ٤)، فنص على العدد.

وفي حديث سلمة بن صخر أنَّه حين واقع أهله في شهر رمضان، أتى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وكان مظاهراً، فذكر إلى أن ذكر عجزه عن الرقبة، وعن صيام شهرين، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: (فأطعم وسقاً من تمر ستين مسكيناً) ثُمَّ ذكر فقره، فقال: «انطلق إلى صاحب صدقة بني زريق، فيدفعها[١] إليك، فأطعم ستينَ مسكيناً وسقاً من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها».

وفي حديث خولة بنت مالك حين ظاهر منها زوجها، وقصت حالها إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فأمر بعتق رقبة، فقالت: لا يجد. قال «فيصوم شهرين متتابعين».قالت: شيخ كبير. قال: «فليطعم ستين مسكيناً» إلى أن قال:« فإني أعينه بعرقٍ من تمر».فقالت: وأنا أعينه بعرق آخر. فقال[٢] - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أحسنتِ، اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك».

فهذه الأخبار دلت على أن الواجب أن يطعم ستين مسكيناً، فإن لكل مسكين صاعاً من تمر، ومن أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً، لم يكن أطعم ستين مسكيناً، يبين ذلك أن رجلاً لو قال لوكيله: فرِّق هذا المال على عشرة مساكين، لم يجز له[٣] أن يضعه في مسكين واحد في عشرة أيام، فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أنَّه اشترط عليه عدد المساكين، على أنَّه لا يخلو من أن يكون المراد إيصال القدر[٤] إلى المساكين[٥]، أو يكون المراد مع القدر عدد المساكين، فإن كان المراد إيصال القدر إلى المساكين، فيجب أن يجوز[٦] دفع ذلك المقدار إلى مسكين، أو مسكينين، أو ثلاثة دفعة واحدة؛ ألا ترى أن الزكوات والعشور لما لم يكن عدد الفقراء فيها معتبراً، جاز

---

(١) في (ب): فليدفعها.
(٢) في (ب): قالْ.
(٣) سقط من (ب): له.
(٤) في (ب): المراد به أيضاً ذلك القدر.
(٥) في (أ): المساكين فيجب.
(٦) في (أ): يكون.

أن يدفع إلى الواحد، والاثنين، والثلاثة دفعة واحدة؟ فلما أجمعوا أن ذلك لا يجوز في الكفارات - لأن أبا حنيفة وإن أجاز دفعها إلى واحد إنَّما يجيز دفعها(1) إليه في عشرة أيام، وفي الظهار في ستين يوماً - ثبت أن حال الكفارة مخالف لحال الزكوات والعشور في أن تعلق المراد بمقدار المدفوع، وإذا بطل ذلك، ثبت أن المراد يتعلق مع المقدار بعدد الفقراء، فصح ما ذهبنا إليه من أنَّه لا بد من استيفاء العدد.

فإن /٨٤/ قيل: فقد أمر (برمي سبع حصيات، ولو رمى بحصى واحدة سبع مرات أخرى.

قيل له: لأن الغرض هناك تعلق بعدد الرمي الذي هو الفعل، دون ما سواه، ألا ترى أنَّه لو رمى)(2) بسبع حصيات رمية واحدة، لم يجز، كما أنَّه لو أطعم ستين مسكيناً في وقت واحد، أجزأ؟

فإن قيل: فقد سمى الله - عز وجل - هلالاً واحداً أهلة؛ لتكرار الأوقات فيه(3).

قيل له: ذلك جائز إذا قام دليله، وهاهنا لم يقم دليل على ما قلتم، بل قام على خلاف ذلك، فلا وجه لصرف الآية والآثار عن ظواهرها.

فإن قيل: إذا جاز ترديد صاع واحد على عشرة مساكين، بأن يتملك كل واحد منهم بعد ما يدفع إليه، فهلاَّ جاز أن يردَّد عشرة أصواع على مسكين واحد؟.

قيل له: لأنا قد بينا أن عدد المساكين معتبر مع مقدار ما يخرج من ملكه، فيجب أن يخرج من ملكه عشرة أصواع على عشرة مساكين، وقد فرق بينهما.

فإن قيل: إن الصاع لا حرمة له ولا حق، فلم يكن لعدده معتبر، وكذلك في الحصيات.

قيل له: لا حق للحصاة، ولا حرمة، فلم يكن تعددها معتبراً، والمساكين لكل

---

(1) في (أ): دفعه.

(2) سقط ما بين القوسين من (أ).

(3) في (ب): عليه.

واحد منهم حق، فوجب أن تعتبر أعدادهم، وأيضاً لا خلاف لو أعطى مسكيناً واحداً في يوم واحد ستين صاعاً عن كفارة الظهار، أو عشرة أصواع عن كفارة اليمين، لم يجز، وكذلك إذا[١] أعطي في ستين يوماً، أو عشرة أيام، والعلة أن المعطَى مسكين واحد، أو يقال[٢]: إنَّه لم يستوف عدد المساكين، الدليل على هذا أنَّه لو استوفى عددهم، جاز أن يعطى في يوم واحد، على أنهم قد جعلوا استيفاء عدد الأيام بدل من استيفاء عدد المساكين، والنص ورد في استيفاء عدد المساكين، دون الأيام، فلا يجوز أن يجعل بدلَ فرضٍ ثابت ما لا دليل على أنَّه بدل له.

فإن قيل: إذا أعطينا المسكين اليوم الثاني، كنا عيّنا الباقي في بعض المساكين.

قيل له: ذلك لا يتعين في البعض، وإنما هو لإخراج واحد من الجملة؛ لأنا إذا قلنا لا تدفع إلى هذا الواحد، وادفع إلى من شئت، لا يكون ذلك تعييناً إليه، هذا يلزمهم في الأول إذا دفع صاعاً إلى مسكين؛ لأن عندهم أن التكرير يجوز عليه[٣]، ولم يكن ذلك تعييناً.

قال: ومن تصدق على بعض الفقراء بذلك، ولم يجد تمام العدد، كان عليه أن ينتظر حتى يجد، وله أن يبعثها إلى غير بلده الذي هو فيه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[٤].

وذلك لما بيناه من أنه لا بد من اعتبار العدد في الفقراء، فلا معنى لإعادته.

مسألة: في دفع عدة كفارات إلى عشرة مساكين

قال: ولا يستحب أن يدفع كفارات أيمان عدة إلى عشرة مساكين، إلاَّ ألا يوجد غيرهم.

---

(١) في (ب): لو.

(٢) في (أ): ويقال.

(٣) في (ب): إليه.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ١٧٥، والمنتخب: ١٨٢.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[1].

وذلك ليشبعوا، وليصيب غيرهم النفع الذي أصابهم، وليكون أبعد من المحاباة، وكما أنا لا نحب أن نقتصر بالزكاة والعشر على الاثنين والثلاثة مع حضور /٨٥/ غيرهم، فكذلك في الكفارات للوجوه التي بيناها.

مسألة: في ما يستحب في الإطعام

قال: ويستحب لمن أراد الإطعام أن يجمع الفقراء في منـــزله ليأكلوا فيه إن أمكن، أو يبعث إليهم الطعام مأدوماً مفروغاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[2].

وقد أجازه أبو حنيفة، وحكي عن الشافعي أن استدعاءهم وإطعامهم لا يجوز؛ لأنّه ليس بتمليك لهم.

ووجه إجازة ذلك: أن الله تعالى قال: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾(المائدة: ٨٩) ومن استدعاهم، وأطعمهم، فقد امتثل الظاهر؛ إذ ليس في الظاهر أنّه يجب تمليكهم.

فإن قيل: فهلا جوزتم[3] في الكسوة ألا يكون على وجه التمليك؟

قيل له: لأن الكسوة ليس لها غاية تنتهي إليها، ولو لم يملكه، صح رجوعه فيها، وليس كذلك الطعام؛ لأنّه إذا أكله، فقد خرج عن ملك المالك، و لم يصح الرجوع فيه، فيجري مجرى التمليك.

ووجه الاستحباب فيه أنّه أشد ملاءمة لظاهر الآية، وما روي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: «لئن أخرج إلى سوق[4]، فأشتري صاعاً من طعام، وذراعاً من لحم، ثُمَّ أدعو نفراً من إخواني، أحب إليَّ من أن

(١) انظر: الأحكام: ١٨٣/٢، والمنتخب: ١٨٢.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨٤، والمنتخب: ١٨٣.
(٣) في (ب): أجزتم.
(٤) في (ب): السوق.

أعتق رقبة»[١]. ولأنه يكون قد كفى الفقراء مؤنة الصنعة، فيصل إليهم ما يصل[٢] وهو أهنأ لهم.

مسألة: فيما يجزئ العبد في كفارته

قال: ولا يجزئ العبد في كفارة يمينه إلاَّ صيام ثلاثة أيام متتابعة، ولا في كفارة القتل والظهار إلاَّ صيام شهرين متتابعين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[٣].

وذلك أنَّه لا ملك له، فهو أبداً غير واجد، فوجب أن يكون حكمه الصوم، ولا أعرف في هذا خلافاً بين من لم يجعل للعبد ملكاً، ومن خالف في هذا كان الكلام بيننا وبينه في ملك العبد.

مسألة: في وقت إجزاء الكفارة

قال: ولا تجزئ الكفارة إلاَّ بعد الحنث. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وقال الشافعي تجزئ قبل الحنث، وفصل بين الكفارات الثلاث وبين الصوم، فلم يجز الصوم، وأجاز البواقي.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدتُّمُ﴾(المائدة:٨٩) فبين - عز وجل - أنَّه يؤاخذنا بها، وبيَّن أن المؤاخذة هي المؤاخذة بالكفارة، فدلت الآية على وجوب الكفارة، فليس يخلو الوجوب من أن يكون متعلقاً باليمين، أو بالحنث، أو بهما جميعاً، فلو كان متعلقاً باليمين، لوجبت الكفارة عقيب اللفظ باليمين، وهذا فاسدٌ بالإجماع، فلم يبق إلاَّ أنها تتعلق بالحنث منفرداً، أو مع اليمين، وأيهما كان، فقد وجب أن يكون للآية ضمير، كأنه - عز وجل - قال: فكفارته إذا حنثتم إطعام عشرة مساكين، كما أن التقدير في قوله:

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الزكاة، باب فضل الصدقة على القرابة.

(٢) في (ب): اتصل.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ١٨١. والمنتخب: ١٧٨.

﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾(البقرة: ١٨٤) (فأفطر فعدة من أيام أخر)[1]، وفي قوله - عز وجل-: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذىً مِن رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ﴾ (البقرة: ١٩٦)، فحلف، ففدية من صيام، وإذا ثبت ذلك، فكأنه قال - عز وجل من قائل- /٨٦/: ﴿فَكَفَّارَتُهُ﴾ إذا حنثتم ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾، فأوجب الكفارة بعد الحنث، فإذا ثبت ذلك، فسواء تقدمت الكفارة على الحنث، أو لم تتقدم، فهي واجبة بعد الحنث، فصح ما ذهبنا إليه، وأيضاً روي: «من حلف على شيء، فرأى غيره خيراً منه، فليأت الذي هو خير، ثُمَّ ليكفر عن يمينه».وثم توجب[2] الترتيب في أصل موضوعه ما لم يقتض الدليل خلاف ذلك، فدل ظاهره على أن الكفارة تلزمه متى حنث، سواء تقدمته كفارة أخرى، أو لم تتقدم.

فإن قيل: فقد روي «فليكفر عن يمينه، ثُمَّ ليأت الذي هو خير».

قيل له: يجوز أن يقوم الدليل على أن ثُمَّ لا توجب الترتيب، يبين ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا﴾(البلد: ١٧)، ولا خلاف أنَّه لم يُرِد الترتيب، وقوله: ﴿ثُمَّ آتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ تَمَاماً﴾(الأنعام: ١٥٤ إلاَّ أن هذا يكون فيه خلاف الحقيقة، ويكون ضرباً من المجاز، فلا بد على هذا من أحد الأمرين: إما أن نجعل ثُمَّ في خبرنا مجازاً، أو في خبرهم، أو فيهما جميعاً؛ إذ لا يجوز[3] أن نجعلها في الموضعين حقيقة؛ لأن ذلك يؤدي إلى التناقض؛ ولأن ذلك يؤدي إلى وجوب[4] وقوع كل واحد منهما بعد صاحبه، فهذا يستحيل عقلاً، فكيف سمعاً؟ ولا يجوز أن نجعلها مجازاً في الموضعين؛ إذ لا ضرورة تدعو إلى ذلك؛ لأن الحقيقة إنَّما تجعل مجازاً إذا اضطرت الدلالة إليه، فلا يجوز أن يكون[5] حقيقة في خبرهم؛ لأنَّه يوجب تقدم الكفارة على الحنث، وهذا باطل بالإجماع، فلم يبق إلا أن يكون مجازاً في خبرهم،

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) في (ب): تقتضي.

(٣) في (ب): يصح.

(٤) سقط من (ب): وجوب.

(٥) في (ب): يجعل.

حقيقة في خبرنا، فإذا ثبت أنَّه مجازٌ في خبرهم، سقط الترتيب عن خبرهم، وثبت في خبرنا، فصح ما ذهبنا إليه، وعلى هذا يجري الكلام بما روي من الخبرين بالواو؛ لأن الواو عندنا توجب الترتيب إذا جاء في الشرع، وإن لم توجب في أصل اللغة، ولا خلاف بيننا وبينهم أن الصوم لا يجوز تقدمه على الحنث، فكذلك ما عداه؛ والعلة أنَّه كفارة يمين، فلا يصح فعلها قبل الحنث، وأيضاً فقد[1] حلف، وحنث، فيجب أن تلزمه الكفارة، وإن كانت كفارة تقدمت الحنث، قياساً عليه لو لم يقدمها قبل الحنث، والعلة أنَّه حلف وحنث، و لم يُكفر بعد الحنث.

فإن قيل: فقد قال الله - عز وجل -: ﴿إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةً﴾(المجادلة:١٢) وقد صح أن الصدقة وجبت بالمناجاة، ثُمَّ أجاز الله تقدمها على المناجاة، فثبت تقدم الكفارة على الحنث، وزعموا أنهم أكدوا استدلالاتهم بأن قالوا: إن الصدقة وجبت بالمناجاة، لا بالإرادة للمناجاة؛ لأنها لو وجبت بإرادة المناجاة، لوجبت على من أراد أن يناجي تهديداً له، وهذا الكلام يسقط؛ لأنا نقول: إن الله تعالى أوجب أن يكون من يخاطب النبي صلى الله عليه وآله /٨٧/ وسلم متصدقاً، كما أوجب أن يكون من يصلي متطهراً، فوجب تقدم الصدقة على المناجاة، كما وجب تقدم الطهارة على الصلاة، وليس هذا من الكفارة في شيء؛ لأنَّه يجوز تأخير الكفارة عندهم، والكفارة إذا فعلت بعد الحنث، فعلت على الوجوب، وليس كذلك الصدقة؛ لأنها واجبة قبل المناجاة، كالطهارة.

فإن قيل: قد ثبت جواز تقدم الزكاة عند حصول النصاب قبل الحول[2]؛ لأنَّه أحد سببيها، فيجب أن يجوز تقدم الكفارة على الحنث لحصول أحد سببيها، وهو اليمين.

قيل له: لسنا نسلم أن اليمين أحد سببي الكفارة، بل سببها الحنث فقط؛ لأن الشيء إنَّما يكون سبباً لغيره إذا كان موجباً له، أو موجباً لما أوجبه، أو جرى مجرى الموجب، وإن كان شرطاً؛ إذ يعبر عن الشرط بالسبب، واليمين لا توجب الكفارة،

---

(١) في (أ): قد.

(٢) في (أ): الحلول.

لا خلاف بيننا وبينهم في ذلك؛ لأن الكفارة تجب لزوال حكمها، وما يكون وجوبها لعدمها لا يجوز أن يكون مسبباً له، ألا ترى أن القضاء عندنا، والكفارة عند مخالفنا، على من أفطر في شهر رمضان لا يجوز[١] أن يكون سببهما الصوم؟ لأنهما لا يجبان إلاَّ لزوال الصوم، بل سببهما الإفطار، فكذلك الكفارة[٢] لا يجوز أن يكون سببها اليمين، ولا يجوز أن يكون سبباً[٣] لسبب الكفارة؛ لأن سبب الكفارة هو الحنث، وهو مناف للإيمان، وما ينافيه لا يجوز أن يكون مسبباً له، كما أن الصوم لا يجوز أن يكون سبباً للردة، ولا للقتل، كذلك اليمين، فإذا ثبت ذلك، بطل تعليلهم أن[٤] أحد سببي الكفارة قد حصل، وليس كذلك النصاب والحول؛ لأن الزكاة تتعلق بالمال، وهما سببان لوجوبها؛ لأنَّه ليس بينها تناف، وكذلك جرح الصيد سبب لقتله، وقتله سبب لوجوب الكفارة، فحصول الجرح حصول أحد سببي الكفارة؛ ألا ترى أنَّه لا تنافي بين شيء منها؟ (وكذلك الصحة والمال سبَّبا وجوب الحج؛ ألا ترى أنَّه لا تنافي بين شيء منها)[٥]؟ وحكم الكفارة حكم القتل، وحكم الحنث حكم الردة، وحكم اليمين حكم الأيمان، فكما أن الأيمان لا تكون سبباً للقتل، كذلك اليمين لا يكون سبباً للكفارة، على أن بقاء حكم اليمين - عندنا أو عندهم - بالإجماع مانع لوجوب الكفارة، فكيف يكون سبباً لوجوبها. والله أعلم وأحكم بالصواب[٦].

---

(١) في (ب): يجوز. وظنن على: لا يجوز.
(٢) سقط من (أ): الكفارة.
(٣) في (أ): استثناء.
(٤) سقط تعليلهم أن من (أ).
(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٦) سقط ما بين القوسين من (ب).

كتاب

الحدود

مسألة في كيفية إقامة الحد

ينبغي للإمام ألا يجرد المحدود من جميع ثيابه، بل يترك عليه ثوباً واحداً، ولا ينبغي أن يشد يده إلى عنقه، ويجب أن يكون السوط بين الدقيق والغليظ، وينبغي[١] أن يكون إيجاع المحدود بحسب إطاقته له، ولا بد فيه من المبالغة على قدر احتماله.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢].

لا /٨٨/ ينبغي تجريده من جميع ثيابه؛ لأن ذلك يبدي عورته، ولا يحل ذلك إلاَّ عند الضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأن الثوب الواحد لا يُخفف من الألم شيئاً، فلا فائدة في تجريده من جميع ثيابه، فوجب أن يكون ذلك محرماً.

وروى زيد، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: يجلد القاذف وعليه ثيابه، وتنــزع عنه الحشو، والجلد.

ولا ينبغي أن تُشَد يده إلى عنقه؛ لأن ذلك تعذيب لم يجب، وما زاد من الإيلام على الواجب إذا لم يتعلق به غرض صحيح، يكون ظلماً، ولهذا قال الله تعالى: ﴿مَن جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَن جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلا يُجْزَى إِلاَّ مِثْلَهَا﴾(الأنعام ١٦٠) فنبه على أن الزيادة من الألم في العقاب على المستحق لا يجوز، كما يجوز ذلك في اللذة والنعمة.

ويجب أن يكون السوط بين الدقيق والغليظ؛ لأن الغليظ ربما أدى إلى التلف، وذلك مما لا يجوز، فيجب أن يُتوقَى سببه، ويُحترز منه، والدقيق لا يؤلم كما يجب، فاختار الوسط، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خير الأمور أوسطها»[٣].

---

(١) في (ب): ويجب.

(٢) انظر: الأحكام: ٢٦٧/٢، ٢٢٤. والمنتخب: ٤١٣.

(٣) في (ب): أوساطها. والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٦٩/٥ عن عمرو بن الحارث مرسلا عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

ولا بد من المبالغة على قدر احتماله، وذلك لما بيناه من أنَّه يجب أن يوصل إليه الألم الشديد، ولا يجوز أن يبلغ به ما يغلب في الظن أنَّه يتلفه، أو يتلف عضواً منه، فأما[1] مقدار ما يحتمله، فلا بد منه وقد نبه الله - عز وجل - على ذلك بقوله: ﴿وَلا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِيْ دِيْنِ اللهِ﴾(النور ٢)، وقال: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِيْنَ﴾(النور ٢)، ولا يسمى عذاباً حتى يكون شديداً.

مسألة: في رفع من وجب عليه الحد إلى الإمام

قالَ: وإذا رفع إلى الإمام من وجب عليه الحد، أقامه، وإن كان قد تقادم عهد جنايته بعد أن تكون جنايته وقعت في ولاية الإمام، وإن كانت جناية وقعت في غير ولايته، لم يقم عليه الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

قال أبو حنيفة في الحد إذا تقادم عهده: لا يقام، و لم يَحُدَّ في ذلك حداً، وحد أبو يوسف ومحمد شهراً، وذلك إذا أقيم بالشهادة، دون الإقرار.

والدليل على ذلك: قول الله - عز وجل -: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِيْ فَاجْلِدُوا كَلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾(النور ٢)، و لم يشترط فيه قرب العهد ولا بُعده، وكذلك في قوله: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُما﴾(المائدة ٣٨ فوجب أن يستوفي الحد، قرب عهده، أم بَعُد، وأيضاً لا خلاف أن الحد إذا ثبت بالإقرار، يقام مع تقادم عهده، فكذلك إذا ثبت بالشهادة، والمعنى أنَّه يثبت عليه فعل أوجب الحد، وأيضاً كما أن الحقوق تثبت بالشهادة كما تثبت بالإقرار، فكذلك الحدود.

فإن قيل: إذا لم يؤدوا الشهادة حين عرفوا، أدى ذلك إلى التهمة؛ لأنهم إذا لم يقيموها، لم يخلُ أمرهم من شيئين، إما أن يكونوا تركوا إقامتها استهانةً بالحد، وإضاعة للشهادة؛ أو لأنهم اختاروا الستر على الجاني، فإن كانوا تركوا إقامتها للوجه

---

(١) في (أ): أما.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٧، إلاَّ أنَّه لم يذكر آخر المسألة.

الأول، أوجب ذلك سقوط شهادتهم، وإن /٩٢/ تركوا للوجه الثاني، فإقامتهم للشهادة بعد السكوت عنها يدل على أنهم يقيمونها للضغن والحقد.

قيل له: كل ذلك إساءة للظن بالعدول، وذلك محرم؛ لأنَّه يجوز خلاف ما ذهبتم[(١)] إليه؛ لأنَّه يجوز أن يكون تركوها في الأول استهانة بالحد ومحاباة، ثُمَّ تابوا من بعد ذلك، وأنابوا، والشهادة تعتبر فيها العدالة في حال الأداء، لا في حال التحمل، ويجوز أن يكونوا تركوها خوفاً من فساد أعظم من ذلك يجري من ظالم، أو متغلب، أو نحوه، ويجوز أن يكونوا تركوها ستراً عليه حتى ظنوا أنَّه يزداد عتواً ونفوراً وضلالاً[(٢)]، فأقاموها إذا لم يروا الصلاح في الستر، فإذا احتمل ذلك كله، لم يجز إسقاط الشهادة، وترك الحد، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾(النور:٢)، وروي عنه – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: ما ينبغي لوالٍ أن يؤتى بحد إلاَّ أقامه»[(٣)]، وروي عنه: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حدٍ، وجب»[(٤)].

فأما من كانت جنايته قبل ولاية الإمام، فإن الإمام إذا تولى لم يحده؛ لأنَّه جنى جناية لم يجب فيها حد[(٥)] حين جنى ؛ لفقد الإمام، ولا ينبغي أن يحصل الوجوب إلاَّ إذا وجد الإمام، كالمعتوه إذا جنى ولم يجب في جنايته الحد لفقده العقل، إذا عقل، لم يحصل وجوب الحد، وكالصغير إذا جنى كذلك، والمجوسي إذا لم يجب أن يحد لشربه الخمر لفقد الإسلام، لم يلزمه؛ لأن جنايته وقعت يوم وقعت ولم يجب فيها الحد قياساً على ما ذكرناه.

فإن قيل: ولم قلتم إن الحد لا يجب إذا جنى؟

---

(١) في (ب): ذهب.

(٢) في (ب): عتواً وضلالاً.

(٣) أخرجه البيهقي ٨/ ٣٣١ وعبد الرزاق ٣٧١/٧ وأحمد ٤١٩/١ والحميدي ٤٩/١ وأبو يعلى ٨٧/٩ والطبراني في الكبير ١٠٩/٩ عن عبدالله بن مسعود.

(٤) أخرجه الحاكم ٤٢٤/٤ والبيهقي ٣٣١/٨ والدارقطني ١١٣/٣ وأبو داود ١٣٣/٤ والنسائي ٣٣٠/٤ عن عبدالله بن عمرو بن العاص.

(٥) في (ب): الحد.

قيل له: لأن الواجب لا يصير واجباً إلاَّ وهناك من يجب ذلك عليه، فلو وجب الحد، لم يخل من أن يجب على الجاني نفسه، أو على المسلمين، أو على الإمام، ولا يجوز أن نقول إنَّه يجب إقامتها على الجاني نفسه؛ لأن الإنسان لم يجب عليه أن يقيم الحد على نفسه، بل لا يجوز ذلك، ولا يجب إقامتها على المسلمين، لا خلاف في ذلك، ولا يجوز أن يجب على الإمام؛ إذ لا إمام، فإذا صح ذلك، صح أنَّه لم يجب على وجه من الوجوه يوم وقعت الجناية، ألا ترى أن واحداً ممن ذكرنا لا يحسن منه أن يقيم عليه الحد، والوجوب صفة زائدة على الحسن، فكيف يجوز أن يجب ما لا يجوز أن يحسن؟

فإن قيل: فهل تقولون في الزكوات والعشور إذا لم تؤدَّ قبل ولاية الإمام: إن[1] للإمام أن يستوفيها إذا تولى، أم ليس له ذلك كما قلتم في الحدود؟

قيل له: نقول إنَّه للإمام أن يستوفيها؛ لأن الزكوات والعشور قد ثبت وجوبها على أرباب الأموال؛ لأن أرباب الأموال يجب عليهم أداؤها إلى الفقراء إذا لم يكن إمام، فقد كان ذلك واجباً عليهم قبل ظهور الإمام، فلما وجبت، كان له أن يستوفيها عليهم، وليس /٩١/١/ كذلك الحدود؛ لأنا[2] قد بينا أنها لم تكن واجبة قبل ولاية الإمام، فلا تجب بولاية الإمام، وإذا لم تجب، لم يجز له أن يستوفيها.

مسألة: في درء الحدود بالشبهات

قال: والأصل في الحدود كلها أنها تدرأ بالشبهات، فكل من فعل فعلاً يوجب الحد لشبهة دخلت عليه، درئ عنه الحد.

وهو منصوص عليه في مواضع كثيرة من الأحكام [3].

وذلك لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[4].

---

(١) في (ب): لأن.

(٢) في (أ): ولأنا.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٢، ٢٢٤، ٢٣١.

(٤) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي٤/٢١١ بإسناده عن جعفر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

ولأن الواجب في الحدود الدرء[١] ما أمكن؛ للروايات الواردة في ذلك منها:

ما ورد أن ماعزاً جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يقر على نفسه بالزنى، فكان يعرض عنه[٢]، وفي بعض الأخبار أنَّه كان يطرده كلما حضره معترفاً، إلى أن تم إقراره أربع مرات[٣]، وفي بعضها أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال له في الرابعة: «أَبِكَ جنونٌ؟».فأخبر أنَّه ليس بمجنون، فقال له: «أشربت خمراً»؟ فقام رجل فاستنكهه، فلم يجد معه ريح خمر[٤].

وروي أن امرأة جاءته - صلى الله عليه وآله وسلم - فقالت: إني زنيت، فأقم عليّ الحد، قال: «ارجعي... فاستتري بستر الله»، فعاودته مراراً، فلما كان في الرابعة، أمرها أن ترجع فتضع ما في بطنها، ثُمَّ تركها حتى طهرت، فعند ذلك أمر بها، فرجمت[٥].

وروي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أُتي بسارق فقال له: «ما أخالُك سرقت».كأنه يدرأ عنه الحد، قال: نعم[٦]. قال: «اذهبوا فاقطعوا يده»[٧]. وهكذا فعل أمير المؤمنين - عليه السلام - بمن أتته تقر على نفسها بالزنى.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه أتته امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين، إن زوجي وقع على وليدتي، فقال: «إن تكوني صادقة،

---

(١) في (أ): والدرء.

(٢) أخرجه البخاري ٢٥٠٢/٦ وابن حبان ٢٨٧/١٠ والترمذي ٣٦/٤ وأبو داود ١٤٥/٤ والنسائي ٢٧٦/٤ عن أبي هريرة.

(٣) أخرجه ابن حبان ٢٤٦/١٠ عن أبي هريرة، وأبو داود ١٤٧/٤ عن ابن عباس.

(٤) أخرجه البخاري ٢٥٠٢/٦ عن أبي هريرة، وأبو عوانة ١٢٥/٤ والترمذي٣٦/٤ والنسائي٢٨٠/٤ عن جابر.

(٥) أخرجه النسائي ٢٨٦/٤ والبزار ١١٧/٩ عن أبي بكرة.

(٦) الصواب : بلى، كما في كتب الحديث، وذكره البيهقي كما هنا.

(٧) أخرجه الدارمي ٢٢٨/٢ والبيهقي ٢٧٦/٨ وأبو داود ١٣٤/٤ والنسائي ٣٢٨/٤ وابن ماجه ٨٦٦/٢ عن أبي أمية المخزومي.

رجمناه، وإن تكوني كاذبة، جلدناكِ». قال: ثُمَّ أقيمت الصلاة، فذهبت[١].

وروى الكرخي بإسناده أن رجلاً زنى بربة منـــزله، فكتب إلى عمر، فكتب فيه عمر: إن كان يعلم أن الله تبارك وتعالى حرم الزنى، فاجلدوه، وإن كان لا يعلم، فعلّموه، وإن عاد، فاجلدوه، فدل كل ذلك على أن الواجب درء الحدود بالشبهات بما أمكن، ولا خلاف في هذه الجملة، وإن اختلف[٢] في أعيان المسائل، وما يجوز أن يكون شبهة، وما لا يجوز، وروي عن علي - عليه السلام -: لأَنْ أخطئ في العفو، أحبُّ إليَّ من أن أخطئ في العقوبة.

مسألة: في من تلف بسبب الحد أو التعزير

قال: ومن أقام عليه الإمام حداً، أو تعزيراً، فتلف، فلا دية له، إلاَّ أن يكون الإمام أخطأ في إقامة الحد أو التعزير عليه، فتكون ديته من بيت المال إن مات، أو أرشه إن لم يمت.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

ولا أحفظ خلافاً في أن من مات في الحد لا دية له، ولا قود؛ لأن الحق قتله، كما أن أهل العدل إذا قتلوا أهل البغي، أو قطاع الطريق، لم يكن لهم قود، ولا دية؛ لأنهم قُتلوا بالحق، وكذلك /٩٠/ المرجوم، فصار ذلك أصلاً لكل مقتول بحق: أنَّه لا دية له، ولا قود.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام -: «من مات في حد الزنى والقذف، فلا دية له، كتاب الله قتله»[٤].

فأما التعزير، فذهب الشافعي إلى أن من مات فيه، فله ديته، وشبهه بمن رمى

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد القاذف.

(٢) في (أ): اختلفت.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٧٥.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب الحد في شرب الخمر.

صيداً، فأصاب غيره، أن رميه لما كان مباحاً، و لم يكن واجباً، ضمن الرامي ما يتولد عنه، وذلك لا معنى له؛ لأن التعزير ليس بمباح، بل هو واجب؛ لأن شيئاً من الواجبات[1] لا يكون مباحاً؛ لأنها إذا لم تجب، قبحت، فلو لم يكن التعزير واجباً، لكان ظلماً وقبيحاً، فبطل ما اعتمدوه، على أن الإصابة فعل الرامي، فجاز أن يضمنها، وإن لم يتعمد في سببها، والسراية ليست فعله، فلم يجب أن يضمنها إلاَّ أن يتعدى في سببها.

والأصل فيه: ما بيناه في الحدود من أنَّه قتل بحق، والتعزير حق، والفرق بينه وبين الحد أن الحد لا اجتهاد في عدده وموضعه - أعني ما يجتهده الإمام بحسب ما يراه صلاحاً في الحد - ولا مسرح فيه[2] للعفو، والتعزير فيه هذا القبيل من الاجتهاد، فأما أن يكون مباحاً، فذلك لا معنى له.

فإن قيل: التعزير مباح بدلالة ما روي أن رجلاً قال للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: اعدل، وفي بعض الأخبار أنَّه قال: ما عدلتَ، فقال له: «فمن يعدل إذا لم أعدل» [3]، و لم يعزره.

قيل له: هذا لا يدل على أن التعزير غير واجب، بل يدل على أنَّه يجوز فيه العفو، ألا ترى أن الحقوق الواجبة يصح فيها العفو، كالقصاص، والديون، وما أشبهها، وجواز العفو في الشيء لا يدل على أنَّه لم يكن واجباً في الأصل.

فأما إذا أخطأ الإمام، فالدية إن بلغ ذلك القتل، والأرش إن لم يبلغ القتل، يجب أن تكون في بيت المال عند أبي حنيفة مثل قولنا، وهو أحد قولي الشافعي، وقوله الثاني أنَّه على عاقلة الإمام.

ووجه ما ذهبنا إليه من أنَّه يجب في بيت المال: أن المسلمين له كالعاقلة فيما يتعلق

---

(١) في (ب): العقوبات.

(٢) في (ب): له.

(٣) أخرجه البخاري ١١٤٨/٣ ومسلم ٧٣٩/٢ وابن حبان ١٤٨/١١ وأبو يعلى ٦٦/٩ عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -.

بالدين، والمصالح، والأمور التي تتعلق بالإمامة؛ لأنَّه هو على النصرة، والإمام ينصره المسلمون في هذه الوجوه كنصرة العاقلة، وهو عليهم يعتمد، وإليهم يلتجئ، وهم عليه يعتمدون، وإليه يلتجئون في الأحوال التي ذكرناها، فصاروا له في حكم العاقلة، فوجب أن يكون خطؤه فيما يتعلق بإقامة ما له نُصِبَ من الإصلاح، والحدود، وما جرى مجرى ذلك، يكون في بيت مال المسلمين لما بيناه، وما روي أن عمر جعل ما لزمه للمجهضة على عاقلته، فيجوز أن يكون رأياً رآه، ولا ننكر أن هذا مما للرأي والاجتهاد فيه مسرح، وإن كان الأصح عندنا ما ذكرناه، ولعله فعل ذلك لأنَّه /٨٩/ لم يكن في ذلك الوقت بيت مال، على أنا لو ألزمنا ذلك عاقلة الإمام، لأدى الإجحافَ فيه؛ لأنَّه يجوز أن يكثر ذلك، فإن من يباشر مثل الإمامة، لم يبعد أن يكثر خطؤه؛ لأن كثرته بحسب كثرة الأعمال التي ينظر فيها، ولأدى ذلك أن يكون الإمام يحتاج أن ينقبض عن إمضاء رأيه خشية أن يلحق غرم ذلك عواقله، وهذا يؤدي إلى الضرر بالمسلمين، فلا يجوز، على أن أفعال الإمام في هذا الباب كأنها تقع عن المسلمين؛ لأنها تقع لمصالحهم، فكأنها في الحكم أفعال جميعهم، فكان الأولى أن يكون ما يضمنه في بيت مالهم.

مسألة: في من يُقيم حد المملوك

قال: وإذا زنى المملوك، كانت إقامة حده إلى الإمام، فإن لم يكن إمام، جاز لمولاه أن يقيم عليه الحد، وليس لغير الإمام أن يقيم الحد على الحر، أو مملوك غيره إلاَّ بإذن الإمام.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

قال القاسم - عليه السلام -: وذلك إلى الإمام، قال أبو حنيفة: لا يقيم إلاَّ الإمام، وقال الشافعي: مولاه يقيم عليه الحد.

قلنا: إنَّه إلى الإمام؛ لأنه حق الله - عز وجل - والإمام منصوب لاستيفاء حقوق الله - عز وجل - فوجب أن يكون ذلك إليه، كما أن إقامة الحد على الحر إليه للعلة

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٥ - ٢٢٦.

التي ذكرنا، فأما إذا لم يكن إمام، فلمولاه أن يقيم عليه الحد؛ لقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « إذا زنت أمة أحدكم، فليجلدها » [١]. فدل ذلك على أن له أن يجلد.

فإن قيل: فالجلد يُعبَّر به عن التعزير.

قيل له: الجلد وإن كان في اللغة مصدر جَلَدَ، فإنه من طريق العرف - بل عرف الشرع - قد صار عبارة عن الحد، قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الثيب تجلد وترجم ».وروي أن علياً - عليه السلام - جلد ورجم، وقال: جلدت بكتاب الله، ورجمت بسنة رسول الله[٢]، وروي : «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[٣]. على أن يحيى بن الحسين - عليه السلام - استضعف هذا الحديث، و لم يعتمده، وأيضاً هو ماله، يجب[٤] أن يجوز له التصرف فيه فيما كان حقاً لله - عز وجل - إذا لم يكن إمام، كما أن له أن يزكي ماله، والعلة أنّه يتصرف فيه بحقوق نفسه الجارية هذا المجرى، ألا ترى أنّه يعزرها بحقوق نفسه، كما أنّه يتصرف في المال بالهبة بحقوق نفسه؟، فكذلك بحقوق الله - عز وجل - وإذا لم يكن إمام، فلا يبعد أن يحمل القطع في السرقة عليه؛ لأن لمولاه[٥] قطع يده بحق نفسه، إذا ظهرت به الآكلة لا بد منه، وما روي أن رجلاً أتى أمير المؤمنين، فقال: إن أمتي زنت، فقال: اجلدها نصف الحد خمسين، فإن عادت، فعد، فقال: أدفعها إلى السلطان؟ فقال: أنت سلطان[٦]، فإن يحيى بن الحسين توقف في تصحيحه أيضاً، فيحتمل أن يكون ذلك كان أمراً له /٩٣/ بإقامة الحد عليها؛ لأن للإمام أن يأمر بإقامة الحد من يراه.

---

(١) في (ب): فليحدها. والحديث أخرجه مسلم ١٣٢٨/٣ وأبو عوانة ١٦٦/٤ والترمذي ٤٦/٤ وأبو داود ١٦٠/٤ والنسائي ٢٩٩/٤ عن أبي هريرة.

(٢) سيأتي تخريج الحديثين.

(٣) أخرجه الحاكم ٤١٠/٤ وأبو عوانة ١٤٩/٤ والترمذي ٤٧/٤ والنسائي ٢٩٩/٤ وابن أبي شيبة ٢٨٠/٧ عن علي - عليه السلام - بعضها بهذا اللفظ وبعضها بلفظ أرقائكم.

(٤) في (ب): ماله يجوز.

(٥) في (أ): مولاه.

(٦) في الأحكام: أنت سلطانها.

مسألة: في من وجبت عليه حدود مختلفة

قال القاسم - عليه السلام - فيمن سرق، وشرب الخمر، وقتل: يقام عليه حد السارق، والشارب للخمر، ثُمَّ يقتل.

أوجب عليه تأخير القتل؛ لأن القتل يؤدي إلى إبطال الحدود، وإقامة سائر الحدود لا يمنع من القتل، فأما حد السارق، والشارب، فإنه يَبدأ بأيهما شاء؛ لأن أحدهما لا يمنع من الآخر، والأولى أن يبدأ بما بدأ الجاني بجنايته.

فصل: في قطع السيد يد عبده حداً

والذي يجيء على مذهب يحيى - عليه السلام - بظاهر قوله أن لسيد العبد أن يقطع عبده إذا سرق كما يجوز له أن يحد إذا زنى، وأصحاب الشافعي يختلفون فيه.

ووجهه: أن لمولاه أن يتصرف بذلك لحق نفسه، ألا ترى أنَّه يقطع يده إذا وقعت فيها الآكلة، أو مرض يوجب ذلك، فكذلك يجب أن يتصرف فيه في ذلك لحق الله إذا لم يكن إمام، كالزكاة، والختان، (والله أعلم)[1].

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

باب القول في حد الزنى

مسألة: في شروط وجوب حد الزنى

يجب الحد على من زنى من المسلمين والذميين إذا كان عاقلاً بالغاً، سواء كانت المزني بها عاقلة، أو غير عاقلة، بالغة أو غير بالغة، وكذلك يجب الحد على من زنت من المسلمات والذميات إذا كانت بالغة عاقلة، سواء كان الذي زنى بها عاقلاً، أو غير عاقل، بالغاً أو غير بالغ.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

وذلك لقول الله – عز وجل –: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾(النور ٢)، و لم يخص ذمياً من ملي، على أن ذلك لا خلاف فيه، واشترطنا أن يكون من يلزمه الحد عاقلاً، وبالغاً؛ لقوله: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» وذلك مما لا خلاف فيه.

مسألة: في حد البكر

قال: فإن كان الذي زنى من رجل أو امرأة بكراً، كان حده جلد مائة.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(٢). وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: وتغريب عام.

والدليل على أن التغريب ليس بحد: حديث زيد بن خالد الجهني، أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: سئل عن الأمة إذا زنت فقال: «إذا زنت، فاجلدوها، ثُمَّ إن زنت، فاجلدوها، ثُمَّ إن زنت، فاجلدوها، ثُمَّ بيعوها». وروى ذلك عبد الله

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢١٠ – ٢١٩، ٢٣٥.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢١٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤.

بن مالك الأوسي[1]، وأبو هريرة[2]، ورواه عباد بن تميم، عن عمه، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: أُتي النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بأمة فجرت، فأرسلني إليها، فقال: «اذهب، فأقم عليها الحد».فانطلقتُ، فوجدتها لم تَجِف من دمها، فعرَّفت ذلك النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «إذا هي جفت من دمها، فاجلدها»[3]. فاقتصر /٩٤/ بها على الحد دون التغريب، فدل ذلك على صحة قولنا، على أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر ببيعها، وليس البيع من جملة الحد، فلا يمتنع أن يكون النفي كذلك.

فإن قيل: ففي حديث عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر، والثيب بالثيب، البكر تجلد وتنفى، والثيب تجلد وترجم»[4]. وفي حديث من جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: إن ابني[5] كان عسيفاً على هذا، فزنى بامرأته، فقال: «على ابنك مائة جلدة، وتغريب عام، فاغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن هي اعترفت[6]، فارجمها». فغدا عليها فاعترفت، فرجمها[7].

---

(١) في (ب): الأنيسي.والصواب الأوسي، إلا أنه جرى في اسمه خلاف، هل هو عبد الله بن مالك الأوسي أم مالك بن عبد الله، فروى الترمذي ٣٩/٤ بالأولى، وروى النسائي ٣٠٢/٤ وأبو عوانة ١٩٠/٤ بالثانية وذكر البيهقي في السنن ٢٤٠/٨ الاختلاف في ذلك.

(٢) أخرجه مسلم ١٣٢٩/٣ وابن الجارود ٢٠٨/١ وأبو عوانة ١٤٨/٤ والترمذي ٣٩/٤ وأبو داود ١٦٠/٤ عن أبي هريرة وزيد بن خالد.

(٣) المشهور أن هذا الحديث عن أمير المؤمنين علي - عليه السلام - وسيأتي في مسألة إقامة الحد على المريض حيث قال وما رويناه عن علي - عليه السلام - وذكر الحديث، وكذلك أخرجه عنه البيهقي ٢٤٥/٨ والنسائي ٣٠٤/٤ وابن أبي شيبة٥/ ٤٩١ والطحاوي ١٣٦/٣ وأحمد ١٣٥/١ والطيالسي ٢١/١ وأبو داود ١٦١/٤ والدارقطني ١٥٨/٣.

(٤) أخرجه مسلم ١٣١٦/٣ وابن حبان ٢٧٣/١٠ والدارمي ٢٣٦/٢ وأبو عوانة ١٢١/٤ والنسائي ٣٢٠/٦ وابن ماجه ٨٥٢/٢ والطحاوي ١٣٤/٣.

(٥) في (أ): فقال له ابني.

(٦) في (أ): فإن اعترفت.

(٧) أخرجه البخاري ٨١٣/٢ وابن الجارود ٢٠٥/١ ومسلم ١٣٢٤/٣ والترمذي ٣٩/٤ وابن حبان ٢٨٣/١٠ وأبو عوانة ١٣٨/٤ عن زيد بن خالد وأبي هريرة.

قيل له: التغريب يجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- أمر به على طريق التأديب؛ لأنَّه لو كان من جملة الحد، لم يسقط عن[1] الأمة، وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه قال فيه جلد مائة، وحبس سنة[2]. فبان على[3] هذا أن ما زاد على المائة من التغريب والحبس على جهة التأديب، لا أنَّه[4] حد موظف، وهو قياس على المحصن أنَّه لا تغريب عليه، وقياس على سائر الحدود[5] من القذف، والسرقة، والشرب، في أنَّه لا تغريب في شيء منه، وروي أن عمر غرَّب في الشرب، فبان أنَّه تأديب، ولو كان حداً، لوجب أن تكون المسافة فيه مقدرة؛ إذ الحد لا يجوز أن يكون مجهول القدر فيما يصح ضبطه، دليله سائر الحدود، وروي أن عمر لما نفى ربيعة في الخمر، لحق بالروم، فقال: لا أنفي بعده أحداً، و لم ينكر ذلك أحد من الصحابة صح[6] أنهم لم يكونوا يرونه حداً، وروي عن علي - عليه السلام - أنه قال[7]: كفى بالنفي فتنة، فجرى مجرى الإجماع من الصحابة أنه ليس من الحد، وأن الإمام يأتيه على سبيل التأديب بحسب اجتهاده.

مسألة: في حد المحصن

قال: فإن كان محصناً، فإنه يجلد مائة جلدة، ثُمَّ يرجم.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[8].

أما الرجم، فثابت بالإجماع، وأما الجلد، فإنه واجب لقول الله - عز وجل -: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِيْ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾(النور: ٢)، فعم، و لم يخص

---

(١) في (أ): على.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد الزاني.

(٣) في (ب): أن. وظنن بعلى.

(٤) في (أ): على أنَّه.

(٥) في (أ): الحقوق.

(٦) لعله: فصح.

(٧) في (أ): - عليه السلام - قال.

(٨) انظر: الأحكام: ٢/ ٢١٠، ٢٢٢ - ٢٢٣. والمنتخب: ٤١٣ - ٤١٤.

بكراً من ثيب، فوجب أن يكون ثابتاً على البكر والمحصن، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾(النساء ٢٥)، فبين أن على المحصنات عذاباً يتنصف، وليس ذلك إلاّ الجلد؛ لأن الرجم لا يتنصف، فثبت أن المحصن يُجْلد، ويدل على ذلك حديث عبادة عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنّه قال: «الثيب تجلد[1] مائة، والرجم، والبكر بالبكر جلد مائة، وحبس سنة».وروي عن أبي الزبير، عن جابر، أن رجلاً زنى، فأمر به النبي صلى الله عليه وآله /٩٥/ وسلم فجُلد، ثُمَّ أخبر أنّه قد كان أحصن، فأمر به فرجم[2]، فدل ذلك على أن الجلد كان واجباً عليه مع الرجم؛ لأن ذلك لو لم يكن، لكان سهواً من النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – والسهو على رسول الله [3] – صلى الله عليه وآله وسلم – لا يجوز فيما يؤديه عن الله، وهذا يجري مجرى الأداء عن الله؛ لأنّه يؤخذ عنه، على أنّه لو كان السهو يجوز منه[4]، لوجب أن يُعرِّف المسلمين أن ذلك كان سهواً، ولوجب أن يلتزم أرشه؛ لأنّه لا خلاف أن الإمام إذا سها فأخطأ، وضرب من لم[5] يستحق الضرب، كان الأرش إما على عاقلته، وإما على بيت المال.

فإن قيل: فلم يأمر النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنيساً بالجلد حين قال: «اغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها».ولم يرو أنّه جلدها.

قيل له: أما قوله: «فارجمها».فيجوز أن يكون اقتصر على ذلك القدر، لعلم المخاطب بأن الرجم من شرطه أن يتقدمه الجلد، فأجملَ، ألا ترى أن للإقرار شرائط من صحتها العقل، واستفسار الزنى، وعندنا وعند أبي حنيفة لا بد من التكرير أربع

---

(١) في (ب): جلد.

(٢) أخرجه ابن الجارود ٢٠٨/١ والبيهقي ٢١٧/٨ والدارقطني ١٦٩/٣ وأبو داود ١٥١/٤ والنسائي ٢٩٣/٤.

(٣) في (ب): الرسول.

(٤) في (ب): عليه.

(٥) في (ب): لا.

مرات، والنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يذكر شيئاً من ذلك، واقتصر على قوله: «فإن اعترفت، فارجمها».تعويلاً على ما ذكرت[١] من علم أنيس بذلك، فكذلك الجلد، وقولهم إنَّه لم يرو أنَّه جلد، فهو كما لم يرو كيف كان تثبته[٢] وسؤاله، وكيف وقع الرجم، وأين وقع، وعلى هذا النحو يجري الكلام فيما روي من رجم ماعز أنَّه لم يرو أنَّه جلد.

والشافعي يوجب النفي على الأمة إذا زنت، ستة أشهر، وإن لم يرو أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر به، تعويلاً على أنَّه يجوز أن يكون لم يذكره تعويلاً على أنه معلوم، فليس له أن ينكر ما ذهبنا إليه، ويدل[٣] على ذلك ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى أن شراحة الهمدانية جاءت إلى علي - عليه السلام - فقالت: إني زنيت، فردها حتى شهدت على نفسها أربع مرات، فأمر بها، فجلدت، فأمر[٤] بها، فرجمت[٥]، وروى الرضراض بن سعيد هذا الحديث إلاَّ أنَّه لم يذكر فيه[٦] أنَّه ردها حتى شهدت على نفسها أربع مرات[٧]، وروى ذلك حبَّة عن علي، ولم يذكر الترديد، وزاد أنَّه - عليه السلام - قال لها: لعلك غُصبْت نفسَك، فقالت: أُتيت طائعة غير مكرهة، فأخَّرها حتى ولدت، وفطمت، ثُمَّ جلَدها الحَد، ثُمَّ دفنها في الرحبة إلى منكبها[٨] ثُمَّ رماها وهو أول الناس، ثُمَّ قال: ارموا، ثُمَّ قال: جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم- [٩]، وعن الشعبي أن علياً - عليه السلام - جلد شراحة يوم الخميس، ورجمها يوم الجمعة، وقال: جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله[١٠].

---

(١) في (ب) عرف.

(٢) في (أ): كيف تثبته.

(٣) في (ب): يدل.

(٤) في (ب): ثم أمر.

(٥) أخرجه الطحاوي ١٤٠/٣.

(٦) سقط من (ب): فيه.

(٧) أخرجه الطحاوي ١٤٠/٣ إلا أنه قال الرضراض بن أسعد.

(٨) سقط إلى منكبها من (ب)، ونبه عليه في الهامش.

(٩) أخرجه الطحاوي ١٤٠/٣ والمروزي ١٩٩/١.

(١٠) أخرجه الحاكم ٤٠٥/٤ والنسائي ٢٦٩/٤ وعبد الرزاق ٣٢٦/٧ والطحاوي ١٤٠/٣.

وهذا يدل على صحة ما ذهبنا إليه من وجوه:

أحدها: على أصلنا أن قوله عندنا حجة.

والثاني: أن الجلد لو /٩٦/ كان نسخ عن المحصن، وجرى أمر المرأة التي قال - صلى الله عليه وآله وسلم - لأنيس «اغد عليها، فإن اعترفت، فارجمها». وأمر ماعز على ما يدعيه المخالف من أنهما لم يجلدا، لم يكن يجوز أن يخفي عليه من شهرتهما، ولو عرف ذلك، لم يكن يخالف، حاشاه من ذلك - عليه السلام -.

والثالث: أنَّه لم ينكر ذلك أحد[1]، ولم يرو عن أحد أنَّه قال: لا جلد على المحصن، فصار ذلك إجماعاً.

فإن قيل: روي عن عمر أن رجلاً أتاه فقال: يا أمير المؤمنين، إن امرأتي زنت، فهي هذه تعترف بذلك، فأمرني عمر - يقول ذلك راوي الحديث وهو أبو واقد الليثي، ثُمَّ الأشجعي - في رهط نسألها عن ذلك، فجئناها[2]، فاعترفت بذلك، فأمر عمر برجمها[3].

قيل له: الكلام في هذا كما قلنا في رجم ماعز، وفعل أنيس، يجوز أن يكون ذكر الرجم، ولم يذكر الجلد، فلا يمكن أن يجعل ذلك خلافاً لقول علي - عليه السلام - وأيضاً هو قياس على البكر، بعلة أنَّه زنى، فوجب أن يجلد، وأيضاً شارك البكر في فعله، فيجب أن يشاركه في حده، دليله العبد المحصن لمَّا شارك العبد البكر في الزنى، شاركه في الحد.

قال مالك مثل قولنا، وحكى ذلك عن صاحب الظاهر، وعند أبي حنيفة والشافعي لا جلد عليه.

---

(١) سقط من (أ): أحد.

(٢) في (ب): فجئتها.

(٣) أخرجه البيهقي ٢٠٨/٨ والطحاوي ١٤٠/٣.

مسألة: في حد المملوك والمدبر وأم الولد

قال: والمملوك لا رجم عليه محصناً كان، أو غير محصن، وعليه خمسون جلدة، وكذا القول في المدبَّر، وأم الولد.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وهذا ما لا خلاف فيه، وقد دل عليه قول الله - عز وجل -: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾(النساء ٢٥)، وحكي عن صاحب الظاهر أنَّه فرق بين العبد والأمة، فأوجب على العبد تمام الحد مائة، ويحجه ما روي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في عبد عتق نصفه، فجلد خمساً وسبعين جلدة، نصف حد الحر، ونصف حد العبد.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «حد العبد نصف حد الحر» [2]. ولم يُروَ [3] خلافه عن أحد، فجرى ذلك مجرى الإجماع، وأيضاً لا خلاف في الحدود بين الرجال والنساء، فوجب ألا يفرق فيها بين العبيد والإماء.

مسألة: في حد المكاتب

قال: والمكاتب إذا زنى، يقام عليه الحد بحساب ما أدى من مكاتبته، وإن لم يكن أدى شيئاً، كان حده حد العبد.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[4].

وهذا قد مضى الكلام فيه في باب المكاتب، فلا يحتاج إلى إعادته، وحديث علي - عليه السلام - أنَّه حد عبداً عتق نصفه خمساً وسبعين جلدة حجة فيه.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٢ - ٢٣٣. والمنتخب: ٤١٦.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب حد الزاني.

(٣) في (أ): يَرِد.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٣. والمنتخب: ٤١٦.

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «إذا أصاب المكاتب ميراثاً، أو حداً، فإنه يرث على قدر ما عتق منه، ويقام عليه على مقدار ما عتق منه»[١].

قلنا: إنَّه إن لم يكن أدَّى من مكاتبته شيئاً، فحده حد المملوك؛ لأنَّه لا خلاف في أن عقد الكتابة لا تتغير /٩٧/ أحكام الحدود فيه.

مسألة: في اللواط، واعتباره من زنى في حق المرأة

قال: ولا فصل بين أن يكون زنى بالمرأة في قبلها، أو في دبرها في جميع ما ذكرناه إذا كان قد أولج، وكذلك لا فصل بين أن تكون المرأة مكنت من قبلها أو دبرها[٢] من زنى بها في جميع ذلك، والقول في الرجلين إذا أتى أحدهما صاحبه في دبره كالقول في الزانيين.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣]. وبه قال أبو يوسف ومحمد، قال أبو حنيفة: ليس في إتيان الدبر على الفاعل والمفعول إلاَّ التعزير، وللشافعي في إتيان الذكران قولان، أحدهما: أن ذلك بمنـزلة الزنى مثل قولنا، والثاني: أنهما يقتلان على كل حال، قال القاسم[٤]: فيه الرجم، وحكي ذلك عن مالك.

والأصل في ذلك أن الصحابة أجمعوا على قتل الذكرين إذا أتى أحدهما صاحبه، وإنما اختلفوا في كيفية القتل. وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في الذكرين ينكح أحدهما صاحبه، أن حدهما حد الزاني، إن كانا أحصنا، رُجما، وإن كانا لم يحصنا، جُلدا[٥].

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن جويبر، عن الضحاك، عن النـزال بن سبرة،

---

(١) أخرجه محمد في الأمالي ٤/٢٠١.

(٢) في (أ): من دبرها أو من قبلها.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٥.

(٤) في (أ): الحاكم.

(٥) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد اللوطي. وأخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٤/٢١٨.

عن علي - عليه السلام - قال[1]: اللوطي بمنـــزلة الزاني، وهو أعظمهما جرماً[2].

وروى عن النبي- صلى الله عليه وآله وسلم- أنَّه قال: «اقتلوا الفاعل والمفعول به»[3].

وروى بإسناده عن جعفر بن محمد، عن أبيه، قال: أُتِي عمر بفاعل ومفعول به، فاستشار علياً، فأمره أن يضرب عنقه، ثُمَّ قال: قد بقي عليه حد آخر، قال: وما هو[4]؟ قال: نحرقه بالنار[5].

وقد روي عن محمد بن المنكدر فيما ذكره الجصاص في شرحه أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر: وجدت رجلاً في بعض ضواحي[6] العرب يُنكَح كما تنكح المرأة، فجمع أبو بكر أصحاب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فكان أشدهم عليه قولاً علي بن أبي طالب، فاجمع أصحاب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - على أن يحرقوه (فأمر به أبو بكر)[7] فأحرق بالنار، وروي عن ابن عباس أنَّه قال: يلقى (عليه)[8] من أعلى بناء في القرية، وعن علي أنَّه يلقى عليه الحائط، وذكر عن عثمان أنَّه يلقى عليه حائط، فصار القتل إجماعاً من الصحابة، فسقط بذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة من القول بالتعزير؛ لأنَّه خلاف[9] قول الصحابة؛ لأنهم أجمعوا على القتل، واختلفوا في كيفية القتل، وهذا كما قلنا نحن وأصحاب أبي حنيفة إن الصحابة أجمعوا على تضمين الرهن، واختلفوا في كيفية التضمين، فوجب أن يسقط قول من جعله أمانة، وأسقط التضمين؛ لمخالفته الإجماع، فكذلك قول أبي حنيفة في التعزير في هذه

---

(١) سقط من (أ): قال.

(٢) أخرجه في الأمالي ٢١٨/٤.

(٣) أخرجه في الأمالي ٢١٨/٤ و الترمذي ٥٧/٤ والبيهقي ٢٣٢/٨ وأحمد ٣٠٠/١ والطبراني في الكبير ٢٢٦/١١ عن ابن عباس.

(٤) في (ب): ما هو.

(٥) أخرجه في الأمالي ٢١٩/٤.

(٦) في (ب): نواحي.

(٧) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٨) لعل (عليه) زائدة.

(٩) في (ب): لأنه خالف بذلك.

المسألة، فإذا ثبت القتل، قلنا به حيث أجمعوا عليه، وهو [في] المحصن، و لم نقل به في غير المحصن؛ للاختلاف فيه؛ ولأن[١] الذي روي فيه فتوى وقولاً على جهة التفصيل. وهو ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام -[٢]. ورواه ابن سبرة[٣]، فأما ما عداهما مما روي عن أبي بكر، وعمر، فهو فعل، ويجوز أن يكون صحيحاً /٩٨/ عندهم في ذلك الشخص أنَّه[٤] كان محصناً، فلذلك اتفقوا فيه على القتل، ومما يدل على ما قلناه قوله: ﴿وَاللاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ (مِن نِسَائِكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿أَو يَجْعَلَ اللهُ لَهُن سَبِيْلاً﴾، وقوله بعد ذلك: ﴿واللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا)[٥] مِنكُمْ فَآذُوهُمَا﴾ (النساء ١٥ — ١٦) ثُمَّ قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر، والثيب بالثيب» فكأنه قال: من أتى الفاحشة، فسبيله البكر بالبكر، والثيب بالثيب، وبعد فبين الله أن إتيان الذكران فاحشة في غير موضع من القرآن، فمن أتاها، فسبيله البكر بالبكر، والثيب بالثيب، وما روي عن عثمان، وابن عباس، فيجوز أن يكون أيضاً أراد به المحصن، فثبت وجوب القتل في المحصن بما بيناه، وروي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «اقتلوا الفاعل والمفعول به» وذلك إذا كانا محصنين، والقتل هو بالرجم، و لم يثبت في غيره، فلذلك لم نقل به، وقلنا: بما[٦] صح عن علي - عليه السلام- من طريق زيد بن علي - عليهما السلام- وما رواه عنه ابن سبرة[٧]؛ لأنَّه مفسر.

وأما إلقاء الحائط، فيجوز أن يكون القوم اتفقوا على القتل لدلالة دلتهم عليه من توقيف النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أو ما[٨] جرى مجراه، فأطبقوا على القول به، و لم يكن ثبت عندهم كيفية القتل، فاختلفوا فيها، فمن قال بإلقاء الحائط رأى أنَّه

---

(١) في (أ): لأن.
(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب حد اللوطي.
(٣) في (ب): ابن أبي سبرة وظنن على ما أثبتنا.
(٤) في (أ): أنَّه لو.
(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٦) في (أ): إنما.
(٧) في (ب): ابن أبي سبرة. وشكل عليها.
(٨) في (أ): وما.

من جنس الرجم؛ لأن الرجم هو قتله بالحجر والمدر، وإلقاء الحائط عليه من ذلك الجنس؛ لأنهم رأوا الفعل من جنس الزنى، فأوجبوا فيه ما هو من جنس الرجم، إلاَّ أن الرجم بعينه هو أولى؛ لأن إلقاء الحائط وجهه أنَّه مشبه به، فكان الأصل أولى ولا سيما وقد روي مفصلاً ومفسراً عن بعضهم، وهو علي - عليه السلام -.

وأما ضرب العنق، فيجوز أن يكون عليٌّ عرف النص، أو ما يجري مجراه في القتل، ولم يعرف في كيفية القتل، فيجوز أن يعدل الإمام في كيفية القتل عن رأي إلى رأي، إلاَّ أن الأولى هو الرجم لما بيناه، ولأنه قد صح عنه ذلك، وثبت من طريق زيد بن علي - عليهم السلام -.

وأما الإحراق، فيجوز أن يكون أراد به بعد القتل في حديث أبي بكر وما كتب إليه خالد؛ إذ فسر ذلك في حديث عمر حين استشاره فيه، ووجهه: أن الفاسق قد ثبت عندنا أنَّه لا يصلى عليه، ولا يغسل، وإنما يوارى جسمه، فكان للإمام أن يحرقه إذا رأى أنَّه أردع للناس وأزجر؛ لأنَّه لم يلزم فيه الغسل، والتكفين، والصلاة، فأشبه جثة البهيمة، هذا إذا كان قتل وهو على غير التوبة، وإن كان قتل تائباً، لم يجز ذلك، ووجب غسله، ودفنه، والصلاة عليه.

ويدل على ما ذهبنا إليه من أن الرجم[1] هو الأولى: أنا وجدنا القتل في الشرع على ضربين: قتلٌ بالسيف، وهو قتل المرتد، والمقتص منه، وقاطع الطريق، وقتل هو الرجم، وهو قتل من زنى محصناً، ووجدنا فعل الذكرين إذا أتى أحدهما صاحبه من جنس الزنى، أو هو الزنى بعينه، فكان الأولى أن يكون القتل /٩٩/ المستحق عليه رجماً، ولاسيما وقد نقل عن علي - عليه السلام - وثبت عنه، فصح بهذه الجملة ما ذهبنا إليه، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأحد قولي الشافعي، وحكاه أبو بكر الجصاص عن الحسن بن صالح، قال: وروي مثله عن الحسن وعطاء، وبطل ما ذهب إليه أبو حنيفة لإجماع الصحابة على خلافه، قال أبو بكر: هو قول إبراهيم، والحكم، وكذلك ما ذهب إليه القاسم من إيجاب الرجم على كل حال؛ لأنا قد بينا أنَّه لا وجه

(١) في (أ): ويدل على أن ما ذهبنا إليه من الرجم.

له، ولا يصح لاختلاف الصحابة فيه، مع أنَّه لا دليل عليه، قال أبو بكر: وهو قول مالك، والليث. وبه قال الناصر - عليه السلام -.

ومما يدل على صحة ما ذهبنا إليه: أنَّه وطء في فرج له حرمة، ويتعلق به الغسل، فأشبه وطء المرأة في قبلها، فوجب أن يجري على فاعله[١] حكمه، محصناً، أو غير محصن، ويدل على ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿والَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ (النور ٤)، و لم يفصل بين أن يكون الزنى في القبل، أو الدبر، فصار الحكم عاماً، فإذا دخل الزنى في الدبر تحت ذلك، وجب أن يكون حكم القبل والدبر في ذلك سواء، أعني في باب القذف، ووجوب[٢] إقامة الشهود الأربعة، و لم يجعله أحدٌ قاذفاً إلاَّ وأوجب في المقذوف به الحد.

مسألة: في إتيان البهيمة

قال القاسم - عليه السلام -: ومن أتى البهيمة، فحكمه حكم من أتى الرجل.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: لأنَّه يوجب في أحدها القتل، والثاني: أنَّه كالزنى، والثالث: التعزير. وحكى الطحاوي أنَّه يعزر، و لم يحكِ فيه خلافاً، ولا نص فيه ليحيى - عليه السلام -.

ووجه ما ذهب إليه القاسم: أنَّه روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - الأمر بقتله[٣]، فإن[٤] صح الخبر، وثبت القتل، كان الرجم أولى؛ لأن الفعل من جنس الزنى على ما ذهب إليه القاسم، وإن لم يصح الخبر، كان الأولى التعزير؛ لأن فرج البهيمة لا حرمة له، ولا تتعلق به دواعي النفس، فتكون الحال فيه دون الحال فيمن

---

(١) في (ب): فاعلية.

(٢) في (أ): ووجه.

(٣) أخرجه الحاكم ٣٩٦/٤ والترمذي ٥٦/٤ والبيهقي ٢٣٣/٨ والدارقطني ١٢٦/٣ والنسائي ٣٢٢ عن ابن عباس.

(٤) في (أ): وإن.

أتى ذكراً، أو أنثى دون الفرجين، فكان الأولى التعزير[١]، ولفظ الحديث فيه: «من أتى البهيمة[٢] فاقتلوه واقتلوها» والله أعلم.

مسألة: في الإحصان وشرائطه

قال: وإحصان الرجل أن يكون قد تزوج امرأة - حرة، أو مملوكة - عاقلة، يجوز أن يجامع مثلها في الفرج، تزويجاً صحيحاً، ويكون قد جامعها، أو خلا بها خلوة توجب المهر، فإن كانت المرأة مجنونة، أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو كان التزويج فاسداً - سواء كان فساده من طريق الاجتهاد، أو غيره - أو لم يكن الرجل جامعها، ولا خلا بها، لم يكن محصناً.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٣].

اعلم[٤] أن الإحصان اسم يقع من وجوه شتى، قد يكون الإحصان بمعنى التزويج؛ لقول الله تعالى: ﴿والْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(النساء:٢٤) أراد ذوات الأزواج، وقد يكون بمعنى الإسلام، والعفاف عن الزنى، والحرية؛ لقول الله عز /١٠٠/ وجل: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾(النور:٤) يعني الحرائر المسلمات العفائف عن الزنى، ويكون بمعنى العفاف والدين؛ لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾(النور: ٢٣) يريد المسلمات العفائف، ويكون بمعنى الصفة التي إذا كان عليها الزاني، استحق الرجم، وهذا الأخير هو الذي نقصده في هذا الفصل، وله شرائط: منها ما يتعلق بالمحصن، (ومنها ما يتعلق بما يكون محصناً به، ومنها ما يتعلق بالنكاح الذي بينهما.

فأما ما يتعلق بالمحصن)[٥]، فهو الحرية، والبلوغ، والعقل، والتزويج.

---

(١) في (أ): التعزير لأن فرج البهيمة. ثم بياض بعده إلى: ولفظ.

(٢) في (ب) بياض محل (من أتى البهيمة).

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٦، ٢٣١. والمنتخب: ٤١٤.

(٤) في (أ): واعلم.

(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).

اشترطنا الحرية؛ لأنه لا خلاف بين المسلمين[١] أن الرجم لا يجب إلاَّ على الحر، وأن المملوك على أي وجه زنى، فلا رجم عليه.

واشترطنا البلوغ، والعقل؛ ليصح استحقاقه العقاب؛ لأن من فاتته إحدى الصفتين: البلوغ أو العقل، لم يجز أن يستحق العقاب.

واشترطنا التزويج؛ لأنَّه لا خلاف فيه: أنَّه شرط في استحقاق الرجم.

وما يتعلق بما[٢] يكون به محصناً، فالتزويج، والعقل، وصحة الجماع منه، أو منها؛ لأن الإحصان لا يتم إلاَّ بالجماع؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البكر تجلد، والثيب ترجم». فأوجب الرجم على الثيب، والثيوبة لا تصح إلاَّ بالجماع.

وما يتعلق بالنكاح: أن يكون النكاح نكاحاً صحيحاً يحصل معه الجماع:

أما الجماع، فقد بينا أنَّه لا بد منه؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الثيب ترجم» والثيوبة لا تكون إلاَّ بجماع.

واشترطنا صحة النكاح؛ لأنَّه لا خلاف أنَّه لا يكون بملك اليمين (محصناً، والنكاح الفاسد دون ملك اليمين، فإذا لم يصر محصناً بملك اليمين)[٣]، فأولى ألا يصير محصناً بالنكاح الفاسد، واشترط أبو حنيفة أن تكون المرأة التي يصير بها[٤] الرجل محصناً حرة بالغة، وذلك لا دليل عليه؛ لأن شرائط الإحصان التي دلت الدلالة عليها تتم مع كونها مملوكة، وممن يجامع مثلها في الفرج، وإن لم تكن بلغت مبلغ النساء، فلم يكن لذلك معنى، وصح أن الشرط هو ما شرطناه.

فإن قيل: إذا فقد ما ذكرناه من الشروط، فإن الاسم يكون مختلفاً فيه، فلا يجب أن ننقله عن الجلد إلى الرجم.

---

(١) في (أ): الحرية لا خلاف بين المسلمين. وفي (ب): الحرية لأنه لا خلاف فيه بين المسلمين.

(٢) في (ب): بمن.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٤) في (ب): بها يصير.

قيل له: إنَّما يجب أن يثبت الاسم بحسب الصفات الموجبة لذلك، والاسم تابعٌ للصفات، لا الصفات تابعة للاسم، ولا يمكن إثبات صفات لا دليل عليه، والرجم وجب بظاهر قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «والثيب ترجم».فكل ما أثبتناه من الصفات سوى الثيوبة، فهو لقيام الدليل، فما لم يقم دليله من الصفات، لا يثبت؛ لأنا لو خُلِّينا وظاهر الخبر، لم يجب أن يطلب مع الثيوبة صفة أخرى، وكان الرجم يجب على كل ثيب لعموم اللفظ، فبطل ما تعلقوا به.

قال أبو حنيفة: لا يرجم إلاَّ المسلم، وبه قال محمد: فجعل الإسلام شرطاً للإحصان، وعندنا أهل الذمة يرجمون، ولا يكون الإسلام عندنا من شرائط الإحصان، وبه قال أبو يوسف، والشافعي.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه من وجوب الرجم على أهل الذمة: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خذوا عني، فقد جعل الله لهنَّ سبيلاً، البكر بالبكر، تجلد وتنفى، والثيب بالثيب، تجلد /١٠١/ وترجم».فلم يشترط الإسلام، فوجب الرجم على كل ثيب، فوجب ذلك لعمومه على أهل الذمة والملة، يؤكد ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنـزَلَ اللهُ﴾(المائدة ٤٩)، فإذا كان من الحكم الرجم، فيجب أن يحكم به على الذميين، ويدل على ذلك أيضاً ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾(المائدة ٤٢)، والرجم من القسط، فيجب أن يحكم به بينهم، وهذه الآية نـزلت في الذميين، يدل على ذلك صدر الآية، ويدل على صحة ذلك ما ثبت بالأخبار[1] المتظاهرة أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - رجم يهوديين زنيا محصنين[2]، فثبت بذلك أجمع أن الإسلام لا يكون شرطاً في الإحصان.

فإن قيل: إنَّه لم يثبت أن الإحصان كان من شرائط الرجم حين رجم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - اليهوديين.

---

(١) في (ب): من الأخبار.

(٢) أخرجه مسلم ١٣٢٦/٣ وابن حبان ٢٧٧/١٠ وأبو عوانة ١٤٢/٤ وابن ماجه ٨٥٤/٢ وابن أبي شيبة ٥/٦ عن ابن عمر.

قيل له: هذا يسقط من وجهين:

أحدهما: ما بينا أن الاسم يتبع الصفات - أعني اسم الإحصان - فإذا ثبت أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رجم اليهوديين، ولم يثبت نسخه، فقد ثبت أن الصفة التي معها استحق الرجم حاصلة لليهود، فوجب أن يكون الاسم تابعاً لها، فبطل قولكم إن الإحصان لم يكن شرطاً فيه.

والثاني: ما روي أن اليهود لما جاءوا إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يسألونه عن حد الزاني، فقال: «الرجم إن كان محصناً».فأوجب الرجم بشرط الإحصان، وفي بعض الأخبار أنهم سألوا عن حد المحصن إذا زنى، فبطل قولهم إن الإحصان لم يكن شرطاً إذ ذاك.

فإن قيل: يجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رجم اليهوديين بحكم التوراة وإن لم يكن ذاك من شريعة له.

قيل له: هذا الإطلاق لا يطلقه في النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وفي شريعته من أشفق على دينه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لا يجوز أن يريق الدماء إلاَّ بأمر الله - عز وجل - ولو جاز ذلك، لجاز أن يقال في كثير من أفعاله وأحكامه إن فعله بحكم من تقدمه، وإنه ليس بشريعة له، وهذا خروج عن الدين بواحدة، على أن الذي نذهب إليه من حكم التوراة لازم له ما لم ينسخ عنه، وأنه يكون شريعة له، فإن شيئاً منه لو صح اليوم، ألزمنا حكمه حتى يثبت نسخه، على أن المسلمين وإن اختلفوا في هذا، فلا يختلفون أنَّه إذا عمل به، صار شريعة له، فبان أن هذا سؤال من لا يبالي بدينه.

فإن قيل: روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « من أشرك بالله فليس بمحصن».

قيل له: يجوز أن يكون أراد غير الإحصان، للأدلة التي بيناها، فقد بينا فيما تقدم أن الإحصان ينصرف على وجوه.

فإن /١٠٢/١/ قيل: فقد روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لكعب بن مالك حين استأذن في نكاح الكتابية «إنها لا تحصنك».

قيل له: المراد عندنا هو تحريم نكاحهن على المسلمين.

قال: ولا يكون الرجل محصناً بملك اليمين، وهذا إجماعٌ لا خلاف فيه بين المسلمين.

قال: والقول في إحصان المرأة كالقول في إحصان الرجل، لا فصل بينهما في ذلك، وهذا أيضاً لا خلاف فيه.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

مسألة: في المريض إذا وجب عليه الحد

قال: وإذا زنى المريض وكان محصناً، جلد، ورجم، وإن لم يكن محصناً انتظر برؤه ثُمَّ جلد، وإن رأى الإمام أن يجمع له بين[٢] عشرة أسواط ويضربه[٣] بها في حال دنفه عشر ضربات[٤]، كان ذلك له.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٥].

ولا خلاف عرفته أن المحصن الذي من سبيله أن يرجم إذا كان مريضاً، أقيم عليه الحد؛ لأن الذي يوجب ترك إقامة الحد عليه وتأخيره إلى حين برئه، إنَّما هو خشية التلف، فإذا كان الحد للتلف، فالمبتغى به هو القتل، فلا وجه للتربص فيه، وانتظار برئه، وحكي عن بعض أصحاب الشافعي أنهم قالوا: يرجم بإقراره، وإن كان مريضاً، انتظر به البرء، فلعله[٦] يرجع عن إقراره إذا أخذته الحجارة، وهذا بعيد؛ لأن هذا لو

---

(١) انظر: المنتخب: ٤١٤.

(٢) في (أ): يجمع بين.

(٣) في (أ): أسواط ويجمعها ويضربه.

(٤) في (أ): مرات.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٢.

(٦) في (أ): انتظر البرء ولعله.

وجب، لوجب في من يرجم بالشهود؛ لأن الشهود أيضاً يجوز منهم الرجوع، ولو وجب ذلك في المريض، وجب في الصَّحيح لمثل ما عللوا، فأما إن[١] كان المريض غير محصن، وكان حده الجلد، فلا خلاف أنَّه يجب أن ينتظر[٢] به البرء؛ لئلا يؤدي ذلك إلى التلف[٣]؛ ولأن[٤] إتلافه غير مقصود إليه، وما رويناه عن علي - عليه السلام - أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بعثه إلى جارية زنت ليقيم عليها الحد، فوجدها لم يجف دمها، فرجع، وعرَّف النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «دعها حتى ينقطع دمها، ثُمَّ أقم عليها الحد».فأمر بتأخيرها لما خشي عليها لنفاسها، وعلى هذا لو كان زمان شديد الحر، أو شديد البرد، وخيف على المضروب، وجب تأخير حده إلى أن يخف ذلك، لا خلاف في ذلك، ومما يؤكد ما قلناه من طريق النظر أن للعقاب الذي يستحقه قدراً معلوماً، وإذا كان حاله يخشى معه تلفه[٥]، والتلف مما لم[٦] يستحق، لم يجز أن يقدم فيها على الجلد؛ لئلا يؤدي إلى ما لا يكون مستحقاً له.

فإن قيل: فذلك يخشى مع سلامة الأحوال أيضاً.

قيل له: تلك خشية لا أمارة معها، فلا يكون لها حكم، وروي أن مريضاً زنى على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وخيف عليه من الجلد، فأمر - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يأخذوا عثكولاً فيه مائة شمراخ، فضربه بها ضربة[٧] واحدة، وهذا الحديث ذكره يحيى - عليه السلام - في (الأحكام) [٨]، وذكره الجصاص في شرحه [٩].

---

(١) في (ب): إذا.
(٢) في (ب): أنَّه ينتظر.
(٣) في (ب): تلفه.
(٤) في (أ): لأن.
(٥) في (أ): تلفها.
(٦) في (ب): لا.
(٧) في (ب): فضربه ضربة.
(٨) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٢.
(٩) أخرجه النسائي ٣١١/٤ عن سهل بن سعد، وابن ماجه ٨٥٩/٢ عن سعيد بن سعد بن عبادة، والبيهقي ٢٣٠/٨ والدارقطني ١٠٠/٣ وأبو داود ١٦١/٤ عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه وفي بعضها عن رجل من أصحاب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

وقوله إن رأى الإمام أن يفعل ذلك بالمريض، فعل، وهذا معناه إذا كان /١٠٣/ المريض لا يُرجى برؤه، وخيف عليه أن يموت، و لم يقم عليه حد الله، فللإمام أن يفعل ذلك، وبه قال أصحاب الشافعي، ذكره ابن أبي هريرة.

مسألة: في استبراء المرأة إذا زنت

قال: وإذا زنت المرأة، وجب أن يستبرئ زوجها رحمها[1] هل هي حامل، أو حائل، فإن كانت حائلاً، أقيم عليها الحد، وإن كانت حاملاً، انتظر وضعها، فإن كانت المرأة محصنة، لم ترجم حتى يستغني عنها ولدها، إلاَّ أن يكون للولد من يكفله.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2]. ولا أعرف في ذلك خلافاً.

والأصل في ذلك حديث الغامدية أنها لما أقرت بالزنى عند رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ردها إلى أن تضع ما في بطنها، ثُمَّ جاءت إليه بعد ذلك، فردها إلى أن تكفل ولدها[3].

وروي نحوه عن علي - عليه السلام - وأنه حين ردها إلى أن تكفل ولدها، قال رجل: يا أمير المؤمنين، أنا أكفل ولدها، فتغير وجه علي، وظهر عليه الكراهة لذلك، فقال الرجل: أما إذا كرهت، فلا، فقال: أما بعد أن بذلت ذلك من نفسك، فلا، فكفلَّه إياه، وأقام عليها حكم الله[4].

وروي أن عمر اعترفت عنده امرأة بالزنى وهي حامل، فأمر بها أن ترجم، فقال له علي - عليه السلام -: هذا سلطانك عليها، فما سلطانك على ما في بطنها، فتركها عمر، وقال: لولا علي، لهلك عمر، وقال: لا أبقاني الله لمعضلة لا أرى فيها ابن أبي طالب، وروي أيضاً أن معاذاً قال له ذلك، وأنه قال: لو لا معاذ، لهلك عمر.

---

(١) سقط من (أ): رحمها.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٠.

(٣) أخرجه مسلم ١٣٢٢/٣ وأبو عوانة ١٣٥/٤ والبيهقي ٨٣/٦ والدارقطني ٩١/٣ والنسائي ٢٨٣/٤ عن بريدة.

(٤) تقدم.

مسألة: في مقدار الحفر للمرجوم والمرجومة

قال: (ويحفر للمرجوم إلى سرته، وللمرجومة إلى ثدييها، ويترك لهما أيديهما يتوقيان بهما).

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

والأصل في ذلك ما روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رجم امرأة، فحفر لها إلى الثندوة، ثُمَّ رماها بحصاة مثل الحُمّصة، ثُمَّ قال: «ارموا، واتقوا الوجه»[٢].

وروي عن أبي ذر، قال: كنا مع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فاعترف رجل عنده بالزنى، فرده[٣] أربع مرات، ثُمَّ أمر فحفر له حفرة ليست بالطويلة، فرجم[٤].

وروي أنّه - صلى الله عليه وآله وسلم - حفر للغامدية حين رجمها[٥].

ويترك لهما أيديهما؛ لأن الوثاق لم يؤمر به، فيكون ذلك زيادة في العقاب غير مستحقة، قال يحيى بن الحسين: وتضرب الأعضاء كلها إلاّ الوجه[٦]، فيكون ترك اليدين ليتقي[٧] الوجه بهما، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ارموا، واتقوا الوجه» فدل ذلك على أن الوجه لا يضرب في شيء من الحدود.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن امرأة أتته، فاعترفت بالزنى، فردها[٨] حتى فعلت ذلك أربع مرات، ثُمَّ حبسها حتى وضعت

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/٢٢٤. والمنتخب: ٤١٣.

(٢) أخرجه أبو داود ٤/١٥٢ والبيهقي ٨/٢٢١ وابن أبي شيبة ٥/٥٤٢ عن أبي بكرة.

(٣) في (ب): فردده.

(٤) أخرجه الطحاوي ٣/١٤٢.

(٥) تقدم.

(٦) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٤. وهو مروي عن القاسم عن علي.

(٧) في (أ): ليقي.

(٨) في (ب): فرددها.

ما في بطنها، فلما وضعت، لم يرجمها حتى وجد من يكفل ولدها، ثُمَّ أمر بها فجلدت، ثُمَّ حفر لها بئراً إلى ثدييها، ثُمَّ رجم، ثُمَّ أمر الناس فرجموا[١].

مسألة: فيمن يبتدئ الرجم

قال والمرجوم بالإقرار يبتدئه الإمام بالرجم، ثُمَّ المسلمون، /١٠٤/ والمرجوم بالشهادة يبتدئه الشهود بالرجم، ثُمَّ الإمام، ثُمَّ المسلمون.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢].

وذلك لما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه لما رجم المرأة قال: «أيما حد أقامه الإمام بالإقرار، رجم الإمام، ورجم الناس، وأيما حد أقامه الإمام بالشهود، فالشهود يرجمون، ثُمَّ يرجم الإمام، ثُمَّ المسلمون»[٣]. ولأن ذلك أبعد من التهمة، ولا أحفظ في ذلك خلافاً، وذكره الطحاوي في مختصره.

مسألة: في وطء المستأجرة والمستعارة والزواج بذات رحم

قال: ومن وطئ مستأجرة، أو مستعارة، وجب عليه الحد، وكذلك من وطئ امرأة تزوج بها وهي ممن لا يجوز له التزوج بها عالماً بالتحريم، لزمه الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٤].

أما المستعارة، والمستأجرة، إذا وطئها المستعير، أو المستأجر، فإنا نوجب عليه الحد؛ لأنَّه زنى محض، ألا ترى أنَّه لم يقع مع عقد نكاح، ولا شبهة من عقد، ولا مع ملك، ولا شبهة ملك، فلم يكن وجهٌ لدفع الحد عنه.

فأما من تزوج بمن لا يحل له التزوج بها بالإجماع، كذات رحم محرم، أو ما أشبهه،

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب حد الزاني.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٣. والمنتخب: ٤١٣ - ٤١٤.

(٣) تقدم.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٨ - ٢٢٩، ٢٣١.

فإن أبا حنيفة يقول لا حد (عليه، سواء علم أنَّه حرام)[١] أم لم يعلم، وعندنا وعند أبي يوسف، ومحمد، والشافعي، يلزمه الحد إن علم أنَّه حرام.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: ما أجمع المسلمون عليه أن ما جرى بينهما من الإيجاب والقبول لا حكم له، وأن وجودهما كعدمهما، فكان سبيله سبيل من وطئها بغير عقد في وجوب الحد عليه؛ لأنَّه لم يجرِ بينهما عقد له حكم[٢]، فأشبه أن يجري هذا العقد[٣] بين الذكرين، أو بين الأنثيين؛ لأنَّه عقد مجمع على أنَّه لا يقع، فوجب ألا يكون له حكم في درء الحد عنه، وأيضاً يدل على ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِيْ﴾(النور ٢)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر تجلد وتنفى، والثيب بالثيب تجلد وترجم» فأجمعوا أن قوله: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا» أراد به السبيل الذي قال الله - عز وجل -: ﴿واللاتِيْ يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ..﴾ إلى قوله: ﴿سَبِيْلاً﴾(النساء ١٥)، فجعل ذلك - صلى الله عليه وآله وسلم - حكم من[٤] أتى الفاحشة، وقد سمى الله نكاح ذات المحرم فاحشة بقوله: ﴿وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾(النساء ٢٢)، فبين أن وطأهن فاحشة على كل حال، فوجب أن يثبت به الحد[٥].

فإن قيل: استدلالكم بالآية لا يصح؛ لأنا لا نسلم أنَّه يسمى زنى؛ لأن العرب لم تكن تعرفه بالزنى.

قيل له: العرب كانت تسمي الزنى كل وطء جرى بين الرجل والمرأة من غير أمر يبيحه في الأصل، فإذا علمنا أن هذا الوطء جرى وليس هناك أمرٌ يبيحه في الأصل، علمنا أنَّه زنى، فإن غلطوا هم في بعض الأمور، فاعتقدوا أنها مبيحة، فالخلاف بيننا

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) في (أ): حرمة.

(٣) في (أ): الحد.

(٤) سقط من (أ): حكم من.

(٥) في (أ): يثبت الحد.

وبينهم يكون في المعنى، لا في الاسم، و/١٠٥/مثال هذا أنهم سموا الأصنام آلهة حين اعتقدوا أن الإله اسم لمن يستحق العبادة، فكانوا مصيبين[١]، ثُمَّ لما اعتقدوا أن الأصنام تستحق العبادة، فأخطئوا في هذا الاعتقاد الثاني، وحصل الخلاف بيننا وبينهم في المعنى والقصد، لا في الاسم، فإذا ثبت ذلك، وعرفنا حال هذا الوطء أنَّه لم يعرض أمر يبيحه في الأصل، علمنا أنَّه زنى.

فإن قيل: روي أن رجلاً تزوج على عهد عمر بامرأة وهي في عدة، فأوجب فيه المهر هو وعلي، ولم يوجبا الحد، واختلفا[٢] في المهر، فجعله علي - عليه السلام - لها، وجعله عمر لبيت مال المسلمين.

قيل له: لأن ذلك وقع والرجل غير عالم بالتحريم، ونحن لا ننكر أنَّه لو لم يعلم التحريم، لم يلزمه الحد، فلا حجة لكم فيه[٣].

فإن قيل: هو وطء وقع عن نكاح فاسد، فأشبه النكاح بغير شهود.

قيل له: هذا الأقرب على أصولنا أنَّه إذا تزوج بغير شهود مع العلم بتحريمه أنَّه (يلزمه الحد، على أنا لو سلمنا أنَّه لا يلزمه الحد، فلسنا نسلم أن ذلك نكاح فاسد، لأنه)[٤] نكاح باطلٌ، وفرق عندنا بين الباطل والفاسد؛ لأن النكاح الفاسد هو الذي يجوز أن يصح على وجه من الوجوه، فأما الذي لا يجوز ذلك فيه بتة، فهو نكاح باطل، مثل نكاح الذكرين، أو نكاح الانثيين، ويوضح ذلك ما حكيناه عن العرب في باب الاسم أنهم لا يسمون المأخوذ من الجواري في الغارات[٥] إذا وطئن زنى؛ لأنهم اعتقدوا أن ذلك سببٌ يبيح، ونحن نعلم أنَّه زنى، وكذلك ما اختلفنا فيه، على أن هذا الوطء عندهم حرام، وإنما يدرؤون الحد للشبهة، والشبهة إما أن تكون داخلة على

---

(١) أي مصيبين في اعتقادهم أن الإله اسم لمن يستحق العبادة.

(٢) في (أ): واختلفنا.

(٣) في (ب): فلا حجة فيه.

(٤) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٥) في (ب): العادات.

الواطئ، أو يكون الشيء من حكمه أن تكون فيه شبهة، و لم يحصل واحد من الأمرين فيه؛ لأن الواطئ لا شبهة عليه في أنه حرام، والوطء الذي فيه شبهة كالوطء يقع في ملك غير تام، أو في نكاح فاسد مختلف فيه يجوز أن يصححه حاكم من الحكام، أو في ملك فاسد.

مسألة: في المرأة تدعي الإكراه على الزنى

قال: وإذا قامت الشهادة بالزنى على امرأة، فادعت الإكراه، و لم تقم الشهادة بالمطاوعة، درئ عنها الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1].

وذلك أن الحد لا يجب مع كونها مكرهة على الزنى، لا خلاف فيه، قال الله - عز وجل -: ﴿وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللهَ مِن بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُوْرٌ رَحِيْمٌ﴾(النور ٣٣)، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه».فإذا لم تقم البينة على المطاوعة، فالقول قولها في أنها لم تزن.

مسألة: في الزنى بذات الرحم، وفي زنى الذمي بالمسلمة

قال: ومن زنى بذات رحم محرم، أقيم عليه حد مثله، ثُمَّ كان للإمام تأديبه بحسب رأيه، وهكذا القول في الذمي إذا زنى بمسلمة، سواء كانت مستكرهة، أو مطاوعة.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

والأصل[3] في هذا ما روى محمد بن منصور بإسناده عن عطاء بن أبي مروان، عن أبيه، عن علي أنَّه أتى برجل سكران من /١٠٦/ الخمر في شهر رمضان، فتركه حتى صحا، ثُمَّ ضربه ثمانين جلدة، ثُمَّ أمر به إلى السجن، ثُمَّ أخرجه من الغد، فضربه عشرين، فقال: ثمانون للخمر، وعشرون لجرأتك على الله في رمضان[4].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٤. والمنتخب: ٤١٦.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٤، ٢٤٥.

(٣) في (أ): الأصل.

(٤) وأخرجه ابن أبي شيبة ٥/٥٤٢ عن عطاء عن أبيه عن علي.

فمن زنى بذات رحم محرم، لزمه حد الزنى، ثُمَّ لزمه من التعزير ما يراه الإمام لهتكه حرمة الرحم التي عظَّمها الله بقوله: ﴿وَاتَّقُوا اللهَ الَّذِيْ تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ﴾ (النساء: ١)، كما فعل أمير المؤمنين بمن هتك حرمة شهر رمضان في شرب الخمر فيه، وكذا [١] الذمي إذا زنى بمسلمة، أقيم عليه حد مثله، وعزره الإمام لاستخفافه بتعظيم الإسلام.

فإن قيل: روي عن علي – عليه السلام –: إذا زنى الذمي بالمسلمة[٢]، قتلناه.

قيل له: لم يثبت ذلك عن علي؛ لأن زيداً روى عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام –: من شتم نبياً، قتلناه، ثُمَّ قال: ومن زنى من الذميين بمسلمة، قتلناه. فيحتمل أن يكون ذلك قول زيد أدرجه في الكلام، فلم يثبت عن علي.

وإن كان المستحق هو الرجم، قدم التعزير؛ لئلا يفوت بتقديم الرجم.

مسألة: في الرجل يزني بعدة نساء، أو بامرأة دفعات

قال: ولو أن رجلاً زنى بنساء عدة، ثُمَّ رُفِع إلى الإمام، أقام عليه حداً واحداً، فإن عاود الزنى بعد الحد، أعيد عليه الحد، وكذلك إن زنى بامرأة واحدة دفعات، ثُمَّ رفع إلى الإمام، لم يكن عليه إلاَّ حد واحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

وذلك لقول الله – عز وجل –: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِيْ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾(النور: ٢)، و لم يشترط أن يكون الزنى مرة واحدة، أو مراراً[٤]، والمزني بها واحدة، أو أكثر، فوجب بحكم الظاهر أن على كل زانٍ وزانية مائة جلدة من غير اعتبار ما ذكرنا، فصح به ما ذكرناه، وأيضاً لزمه الحدّ لكونه زانياً، كما لزمت

(١) في (ب): كذلك.
(٢) في (أ): بالمسلمين.
(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣١ – ٢٣٢.
(٤) في (ب): مرة أو مراراً.

الطهارة لكون الإنسان محدثاً، فلم يجب أن يكون تعدد الزنى معتبراً، كما لم يجب أن يكون تعدد الأحداث معتبراً؛ لأن الحكم تعلق بالصفة في الموضعين، لا تعدد الأفعال[1]، فإن عاد، توجه الحكم عليه ثانياً، كما يتوجه في الحدث، وهكذا القول في كفارة الظهار، وكفارة اليمين.

مسألة: في عدد من يحضر الحد

قال: وأقل من يحضر الحد: الإمام، والجلاد، وثلاثة.

وهو منصوص عليه في المنتخب[2].

وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِيْنَ﴾(النور ٢)، وأقلهم خمسة: الإمام، أو من يقوم مقامه، والشهود الأربعة، ويَجلدُ أحدُهم[3].

(١) في (أ): الأحوال.

(٢) انظر: المنتخب: ٤١٣.

(٣) هذا كلامه في المنتخب، وكلامه في الأحكام: ٢/ ٢١٠: (وأقلهم ستة، الإمام والشهود الأربعة، والجلاد).

باب القول في الشهادة على الزنى

مسألة: في وجوب الحد بالشهادة

لا يجب الحد على من لم يعترف بالزنى حتى يشهد عليه أربعة بالإيلاج.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وهذا مما لا خلاف فيه، لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ الآية (النور:٦)، فلم يثبت صحة ما رمى إلاَّ /١٠٧/ بأربعة شهداء، وقال الله تعالى: ﴿وَاللاتِيْ يَأْتِيْنَ الفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ﴾ إلى قوله:﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِيْ الْبُيُوتِ﴾(النساء:١٥)، فنُسخ الإمساك بالجلد والرجم، وبقي حكم الشهادة على ما كان، لا ناسخ له، ويجب أن يشهدوا على المعاينة للإيلاج، لا خلاف فيه؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه استفسر المقر بالزنى على هذا الحد. وعلى مذهب يحيى - عليه السلام - وما نبه عليه في (المنتخب)[٢]، يجب أن تكون الشهادة على إتيان الذكران أربعة، كالشهادة على الزنى، وكذلك على تمكين المرأة من دبرها، وذلك أنَّه - عز وجل- لما قال: ﴿وَاللاتِيْ يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ﴾ وقد ثبت أن التمكين من الدبر من الفاحشة؛ لأن الله - عز وجل - سماه فاحشة في غير موضع من القرآن عند ذكر قوم لوط، ولم يستثن - عز وجل - فاحشةً من فاحشة، فوجب أن يكون الجميع لا يصح إثباته إلاَّ بأربعة، وكذا لما قال الله: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا﴾، لم يفصل بين أن يكون الزنى في القبل، أو في الدبر، وأيضاً قد ثبت أن الزنى لا يثبت إلا بأربعة، فكذلك إتيان الذكران، والعلة أن كل واحد منهما فاحشة لا تتم إلاَّ بنفسين، وقد نبه على هذا في (المنتخب)[٣]، أو نقول: قد ثبت عندنا أن للرجم مدخلاً في إتيان الذكران، فأشبه الزنى في هذا، فوجب ألا يثبت إلاَّ بشهادة أربعة، وبه قال الشافعي.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢١ - ٢٢٢. والمنتخب: ٤١٢.

(٢) انظر: المنتخب: ٤١٢.

(٣) قال فيه: لأن الزنى من فاعلين، فجعل الله على كل زانٍ شاهدين، انظر ص: ٤١٢.

مسألة: في وجوب الاستفسار عن الشهود والمشهود عليه

قال: وإذا شهد أربعة بذلك، وجب على الإمام أن يسأل عن إسلام الشهود، وعدالتهم، وعقولهم، وصحة أبصارهم.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وذلك لأن[٢] الشهادة لا تتم إلاَّ بذلك؛ لأن من ليس بعدل، ولا بعاقل[٣]، لا تقبل شهادته في شيء من الحقوق، فأولى ألا تقبل في الحدود، وكذلك من كان في بصره آفة تمنعه من الإدراك، لا يصح أن يشهد على المعاينة.

قال: وإذا ثبت عنده، وجب أن يسأل هل بينهم وبين المشهود عليه عداوة، فإن لم يعرف بينهم عداوة، وجب أن يسأل عن المشهود عليه هل هو عاقل، ثُمَّ يسأل عنه، هل هو حر أو عبد، محصن أو غير محصن، فإذا بان له جميع ذلك، أقام عليه حد مثله.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٤].

وجب أن يسأل هل بين الشهود والمشهود عليه[٥] عداوة؛ لأن العداوة توجب الشبهة؛ لما يعرض فيها من التهمة، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».وكذلك يجب أن يسأل عن عقل المشهود عليه؛ لأنه لو لم يكن عاقلاً، لم يلزمه شيء من الحدود، وكذلك يسأل عن الحرية، والرق، والإحصان؛ لأن الحكم في جميع ذلك يتغير، وعلى الإمام ألا يجاوز في الحد ما أُمر به، ولا يقصر دونه، وذلك لا يتم إلاَّ بما ذكرنا.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٢. والمنتخب: ٤١٣.

(٢) في (ب): وذلك أن.

(٣) في (ب): وكذلك من ليس بعاقل.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٢. والمنتخب: ٤١٣.

(٥) في (ب): وبين المشهود عليه.

مسألة: فيما تثبت به العدالة والحرية

قال: وتثبت العدالة والحرية بشاهدين[١].

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢]. ويجيء على قوله[٣] برجل وامرأتين؛ لأنها كسائر الحقوق من النكاح،، والطلاق، والديون، وما أشبه ذلك، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وأظن /١٠٨/ أن قول الشافعي أنهما يثبتان بشاهدين فقط.

مسألة: في رجوع بعض الشهود قبل الحد

قال: ولو أن أربعة شهدوا على رجل بالزنى عند الإمام، ثُمَّ رجع بعضهم، كان على الراجع حد القاذف، و لم يجب الحد على باقي الشهود، ولا على المشهود عليه.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٤].

عند أبي حنيفة وأبي يوسف أنَّه إن رجع[٥] قبل أن يضرب، وقبل أن يكمل الحد، حُدَّ الجميع حد القاذف، وإن رجع بعد تكميل الحد، حد الراجع وحده، وعند زفر لا حدَّ على الراجع، وعند محمد إن رجع قبل الحكم، حدوا جميعاً، وإن رجع بعد الحكم، حد الراجع وحده.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الشهادة بالوقوع قد تمت، فرجوع من يرجع لا يمنع من صحة وقوعها، فيجب أن يدرأ عنهم الحد؛ لأن الله تعالى أوجب حد القاذف بشرط ألا يشهد أربعة على ذلك، فإذا شهدوا، لم يجب الحد، وأيضاً لا خلاف بيننا وبينهم أن بعد تكميل الحد لا يحد من لم يرجع، فكذلك قبل ذلك، والمعنى أن شهادة الأربعة قد حصلت، فلا معتبر برجوع من يرجع بعد ذلك.

---

(١) في هامش (ب) ما لفظه: في بعض نسخ متن التجريد: مسألة ويثبت الإحصان بشهادة عدلين، وكذلك الحرية تخريجا، ولعله الصواب؛ لأني لم أعثر على نص ليحيى في الحرية.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٢. والمنتخب: ٤١٣.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٤.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/٢٢٧.

(٥) في (أ): أنّه رجع.

فإن قيل: الشهادة ما لم يقع بها الحكم، أو يقع بها الحد في حكم ما لم يكن.

قيل له: ليس ذلك كذلك؛ لأن الشهادة إذا حصلت، لو كانت في حكم ما لم تحصل، لم يجب أن يقع بها حكم، ولا أن يقام بها حد، وفي صحة ذلك دليل على أنها إذا حصلت، كانت حاصلة، وسقط حكم القذف، على أن الحدود تُدرأ بالشبهات، وحصول شهادة الأربعة أقل ما فيها أن تكون شبهة في درء الحد، فأما الراجع، فيلزمه الحد، خلافاً لما ذهب إليه زفر؛ لأنَّه أقر على نفسه بالقذف، ولا ينفعه حصول الشهادة؛ لأنَّه مكذب بها.

وقلنا: لا شيء على المشهود عليه؛ لأن الشهادة قد اختلت، وصارت غير تامة؛ لأنَّه لا خلاف فيه؛ لأنا لو حددناه، لحددناه بشهادة ثلاثة، وذلك خلاف ما أُمرنا به.

مسألة: في رجوع بعض الشهود بعد الحد

قال: وإن رجع بعد أن أقيم الحد على المشهود عليه، لزمه بقسط شهادته من أرش الضرب، وإن كان رجماً، لزمه من الدية بقسطها، وهو الربع، فإن كان جُلد، ورُجم في دفعة، فالواجب أن يضمن ربع الدية؛ لأن الأرش يدخل في الدية.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1]، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا أرش عليه، ولا دية.

والدليل على ما قلناه: أنَّه أقر بإتلاف العضو، والنفس، فوجب أن يضمن؛ لأن ما فعله الإمام بشهادته في حكم ما فعله، دليله لو شهد بمال، فحكم بشهادته، وسلم المال إلى المدعي، ثُمَّ رجع، أنه يضمن؛ لأنَّه أقر بإتلاف ما تلف بشهادته، ويدل على ذلك ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهما السلام - أن

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/٢٢٧ - ٢٢٨. والمنتخب: ٤١٥.

ولفظ الأحكام: (ولو أن أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فرجم، ثم رجع بعد الرجم واحد منهم، سئل الراجع هل تعمدت قتله؟ فإن قال: نعم وأقر على نفسه، بطلت شهادته وقتل به، وإن جحد التعمد وقال: لم أدر ما ينــزل به، وادعى خطأ غير ذلك، كان عليه أرش ربع الضرب وربع الدية).

والمنتخب مثل الأحكام.

شاهدين شهدا عنده على رجل أنَّه سرق، فقطع يده، ثُمَّ جاءا بآخر[١] فقالا: يا أمير المؤمنين، غلطنا، هذا الذي سرق، والأول بريء، فقال - عليه السلام -: «عليكما دية الأول، ولا أصدقكما على هذا الآخر، ولو أعلم أنكما تعمدتما قطع يده، لقطعت أيديكما»[٢]. و لم يرو عن غيره من الصحابة /١٠٩/ خلاف ذلك[٣]، فجرى مجرى إجماعهم، على أن قوله عندنا حجة.

مسألة: في الراجع عن الشهادة يدّعي الخطأ أو التعمد

قال: وإن ادعى الراجع خطأ، كان ذلك على عاقلته[٤]، وإن ادعى التعمد، قتل به.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٥].

وذلك أن الخطأ في الجناية على بني آدم يلزم العاقلة، لا[٦] خلاف فيه.

فإن قيل: فقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تعقل العاقلة عمداً» إلى قوله: «ولا اعترافاً»[٧]. وهذا أقرَّ بالخطأ، فيجب ألا يلزم العاقلة.

قيل له: هذا غلط، وذلك أن الجناية لم تثبت باعترافه؛ لأن جنايته قد عرفها الإمام، والمسلمون؛ لأن جنايته كانت هي الشهادة، وتلك لم تعرف من جهته، والرجوع ليس بجناية، وادعاء الخطأ ليس بجناية، فصح ما قلناه.

فأما إذا قال: تعمدت، لزمه القود؛ لأنَّه أقر بإتلاف النفس على وجه العمد على

---

(١) في (أ): بالآخر.
(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق.. وأخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢١٧/٣٤ بإسناده عن عامر.
(٣) سقط من (أ): ذلك.
(٤) سقط على من (أ).
(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٨. والمنتخب: ٤١٥.
(٦) في (ب): العاقلة ذلك لا.
(٧) سيأتي تخريجه في كتاب الديات.

وجه يوجب القتل؛ لأن القتل بالرجم يوجب القود إذا وقع ظلماً؛ لأن رجوعه عن الشهادة مع قوله تعمدت - وقد نفذ الفعل - يجري مجرى إقراره بأنه فعل الفعل الذي فعله الحاكم على سبيل العمد، فكأنه قال: رجمته متعمداً، فوجب أن يُقتل، ويدل عليه قول أمير المؤمنين: «ولو علمت أنكما تعمدتما، لقطعت أيديكما»، فبين أنَّ ما ثبت عليه أنَّه تعمد بشهادته مما يؤدي إلى التلف يلزمه فيه (القصاص، وما بيناه في إيجاب الدية في الخطأ، فهو بيان إيجاب القود في)[١] العمد.

قال: أو صالح أولياء الميت من خاصة ماله؛ لأن الصلح عن دم العبد جائز، لا خلاف فيه بين المسلمين، ويكون في خاصة ماله، لا خلاف فيه؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - «لا تعقل العاقلة عمداً».

مسألة: في نكول أحد الشهود

قال: وإذا شهد بالزنى شاهدٌ واحد، ثُمَّ نكل الثاني، أو شهد شاهدان، ثُمَّ نكل الثالث، أو شهد ثلاثة، ثُمَّ نكل الرابع، وجب على من شهد حد القاذف، ولم يلزم المشهود عليه ولا الناكل شيءٌ.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢]. وبه قال أبو حنيفة، وأحد قولي الشافعي.

لزمهم الحد؛ لأنهم لما لم تتم[٣] شهادتهم، صاروا قَذَفَةً، فلزم كل واحد حد القاذف[٤]، وروي أن ثلاثة - منهم أبو بكرة - شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنى، ونكل زياد بن أبيه، فحدَّ عمر الثلاثة، ولم يلزم زياداً في نكوله، ولا المغيرة بشهادة الثلاثة عليه شيئاً[٥]، وذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكره أحد،

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٧. والمنتخب: ٤١٥.

(٣) في (أ): تعم.

(٤) في (أ): القذف.

(٥) أخرجه البخاري ٢/٩٣٦ والحاكم ٣/٥٠٧ والبيهقي ٨/٢٣٥ والطحاوي ٤/١٥٣ عن عبد العزيز بن أبي بكرة وأبي بكرة.

فجرى مجرى الإجماع، وإنما لم يلزم المشهود عليه شيء؛ لأن الشهادة عليه لم تتم، و لم يلزم الناكل شيء؛ لأنَّه لم يدخل في أمره، فهو كسائر الأجانب.

مسألة: في اختلاف الشهود في زمان ومكان الزنى

قال: ولا تثبت الشهادة على الزنى حتى يشهدوا أنهم رأوه يزني في وقت واحد، ومكان واحد، فإذا اختلفت الشهود في الموضع الذي وقع فيه الزنى، درئ عنه الحد، وعنهم جميعاً.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1].

وهذه الجملة لا خلاف فيها إلاَّ في موضع أذكره؛ لأن الشهادة على الإيلاج لا تتم إلاَّ بالرؤية والمعاينة، وإذا اختلفوا في المكان، أو الوقت، لم تثبت شهادتهم؛ لأن شهادة كل واحد منهم تكون على غير ما شهد به الآخر؛ لأن الأفعال تتغاير بتغاير الأزمنة والأمكنة، فلا تكون شهادتهم متناولة أمراً واحداً.

قال أبو /١١٠/ حنيفة: إن اختلف الشهود في زوايا البيت، قُبلت شهادتهم، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، قال: والقياس يوجب ألا تقبل، لكنها قبلت استحساناً، وعن زفر، والشافعي: أنها لا تقبل، وهو الصَّحيح؛ للوجه الذي بينا أن تغاير الأمكنة يقتضي تغاير الأفعال، وأن شهادتهم لا تكون واقعة على أمر واحد، ألا ترى أنهم لو اختلفوا في البيوت، لبطلت شهادتهم، فكذلك إذا اختلفوا في الزوايا؛ للعلة التي ذكرناها، وأصحابه خرَّجوا ذلك على البيت الصغير الذي تتقارب زواياه، فيراه بعض الشهود فيُقدِّر أنَّه أقرب إلى بعض الزوايا، وبعضهم يقدره إلى الزوايا[2] الأخرى، أو الحركات تقضي به من زاوية إلى زاوية، وكل ذلك بعيد، وأقل ما فيه أنه شبهة يدرأ بها الحد[3]، وأما الشهود فلا يحدون؛ لأن عدد الشهادة قد حصل، فيدرأ عنهم الحد لذلك، أو

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٧. والمنتخب: ٤١٦.

(٢) في (ب): الزاوية.

(٣) في (أ): الحدود.

لأن أقل ما فيه أنَّه شبهة فيدرأ بها عنهم حد القذف، وهذا مما لست أحفظ[١] عن غير أصحابنا.

فصل: في حضور الشهود متفرقين

كلامه في (الأحكام)[٢] يقتضي أن الشهود لو حضروا الحاكم مفترقين، صحت[٣] شهادتهم، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن حضروا مفترقين، بطلت شهادتهم وكانوا قذفة.

ويدل على صحة قولنا: قول الله تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنكُمْ﴾ (النساء:١٥)، وقال: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾(النور:٤) فعلَّق الحكم على عدد الشهود، ولم يشترط فيه الاجتماع، ولا الافتراق، فعلى أي وجه حضروا، وأدوا الشهادة، تكون شهادتهم ثابتة، وروي أن هلال بن أمية لما رمى زوجته بالزنى، قال له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ائتني بأربعة يشهدون، وإلا فحدٌ في ظهرك»، ولم يشترط أن يكونوا مجتمعين، وأيضاً لا خلاف بيننا وبينهم إذا[٤] اجتمعوا عند الحاكم، ثم شهدوا مفترقين؛ لأن شهادة الأربعة قد تمت، وأيضاً سائر الشهادات لا فرق بين اجتماع الشهود عليها، أو افتراقهم[٥]، إذا تم العدد، فكذلك شهود الزنى إذا تم العدد.

فإن قالوا: إذا (جاءوا واحداً بعد واحد، صار الجميع قذفة.

قيل له: قد انتقض إذا حضروا مجتمعين ثم تفرقوا)[٦] في الشهادة، على أنا لا نسلم لهم أنهم يصيرون قذفة بعد أن تتم الشهادة أربعاً[٧].

---

(١) في (ب): أحفظ فيه عن.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٧.

(٣) في (أ): بطلت.

(٤) في (أ): وبينهم أنهم إذا.

(٥) في (ب): وافتراقهم.

(٦) سقط ما بين القوسين من (أ).وفي هذا الجواب نظر.

(٧) في النسخ أربع.

فإن قيل: لو جاز انتظار الواحد، بعد الواحد لم يجب إقامة حد القاذف على الشاهدين، أو الثلاثة؛ لجواز أن يجيء من تتم بهم الشهادة[١].

قيل له: هذا يلزمكم فيما ألزمتمونا[٢]؛ لأنَّه كان يجب ألا يقام الحد؛ لجواز ألا يحضروا أربعة مجتمعين.

مسألة: في رجوع أحد شهود الإحصان

قال: ولو أن شاهدين شهدا بالإحصان على الزاني، ثُمَّ رجع أحدهما قبل إمضاء الحد، لم يلزم الذي لم يرجع شيء، وكان للإمام أن يؤدب الراجع إن بان له منه تخليط.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

إذا[٤] رجع أحدهما، بطل الإحصان؛ لأن الحد لم يمضِ، والمقيم على الشهادة لا شيء عليه؛ لأنَّه لم يُكذِّب نفسه، وللإمام أن يرى رأيه في تأديب الراجع إن بان له منه[٥] ما يجري مجرى /١١١/ الخيانة في إقامة الشهادة، أو الرجوع عنها؛ لجنايته في أمر يتعلق بذم المسلم، أو بإبطال حد الله - عز وجل -.

قال، فإن رجع بعد ما أمضى الحد، كان القول في إلزامه الدية، أو القتل، كالقول فيمن شهد بالزنى، ثُمَّ رجع.

قال أبو حنيفة: لا ضمان على شهود الإحصان إذا رجعوا، وللشافعي فيه قولان، وحكي عن أبي حنيفة أن الشهود إذا شهدوا بالزنى والإحصان، ثُمَّ زكاهم المزكون حتى أمضى الحد، ورجع المزكون عن التزكية أنهم يضمنون، قال أبو يوسف، ومحمد: لا يضمنون.

---

(١) سقط من (ب): الشهادة.

(٢) في (أ): التزمتموه.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٨.

(٤) في (أ) وإذا.

(٥) سقط من (ب): منه.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الرجم ثبت بشهادة شهود الإحصان مع شهود الزنى، ألا ترى أن شهود الزنى لو شهدوا، ولم تشهد شهود الإحصان، كان لا يرجم، فإذا ثبت ذلك، جرى مجرى شهود الزنى في أنهم يضمنون إذا رجعوا، وليس كذلك المزكون؛ لأنهم لم يشهدوا على المحدود بشيء، بل من الجائز أن يكونوا زكوا ولا علم لهم بما به شهدوا، ولأن ذلك إخبار وليس بشهادة.

مسألة: في انكشاف جنون المرجوم أو رقه

قال: ولو أن شهوداً شهدوا على محصن بالزنى، فرجم، ثُمَّ علم الإمام أنَّه كان مجنوناً، لزم الإمام أن يؤدي ديته من بيت مال المسلمين، وذلك أنَّه خطأ وقع من جهة الإمام، فوجب أن يكون ضمانه راجعاً إلى بيت مال المسلمين على ما سلف القول فيه.

قال: وإن وجده الإمام مملوكاً بعد الرجم، وجب عليه إخراج قيمته من بيت المال، فإن كان الشهود شهدوا بحريته، ثُمَّ وجد مملوكاً، كانت قيمته لمولاه على الشهود، والوجه في هذا ما تقدم، فلا معنى[1] لإعادته.

مسألة: في شهادة النساء بأن المتهمة بالزنا رتقاء

قال: ولو أن امرأة قامت عليها الشهادة بالزنى، وأقيم عليها الحد، ثُمَّ شهد نسوة أنها رتقاء، لم يكن على الإمام، ولا على الشهود شيء.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

وذلك أن الأموال لا تضمن بشهادة النساء وحدهن، وأما الحدود فلا تقبل فيها شهادة النساء أصلاً، ولو لزم الشهود شيئاً، لكان هو الأرش، أو حد القاذف، وأيضاً لا يجب أن ينقض حكم قد أمضي بشهادة لشهادة مثلها، كما أن الحكم إذا مضى بشيء من الاجتهاد، لم ينقض باجتهاد مثله، هذا لو تساوت الشهادتان، فكيف وقد بينا أن هذه الشهادة الأخيرة لا تقع موقعها؟

---

(١) في (ب): وجه.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٠.

قال: وإن شهد نسوة بذلك قبل إقامة الحد، سقط عن المشهود عليها أيضاً الحد[١].

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢].

وذلك أن شهادتهن وإن لم توجب حد القذف[٣] على الشهود، فأقل ما فيها أن تصير شبهة في درء الحد عن التي قامت عليها الشهادة بالزنى، فيسقط عنها الحد.

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي - عليهم السلام - أنه أُتِي بامرأةٍ بِكر زعموا أنها زنت، فأمر النساء فنظرن إليها، فقلن هي عذراء /١١٢/، فقال علي - عليه السلام -: ما كنت لأضرب من عليها خاتم من الله[٤]، وكان يجيز شهادة النساء في مثل هذا[٥]. فأجاز شهادتهن لإسقاط الحد.

ووجهه: أنَّه جعلها شبهة في الحد.

مسألة: في الشهادة على الإحصان، فينكشف خلافه

قال: وإذا شهدوا بالإحصان، ثُمَّ تبين للإمام خلاف ذلك، كان القول فيه[٦] كالقول فيمن شهد بالحرية، ثُمَّ تبين للإمام خلاف ذلك.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٧].

وذلك أن الحرية في هذا الباب كالإحصان، وتعلق الحد به كتعلقها، فلذلك قلنا: إن حكمهما في هذا الباب واحدٌ.

---

(١) في (أ): الحدود.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٠. والمنتخب: ٤١٦.
(٣) في (ب) القاذف.
(٤) في (أ): خاتم الله.
(٥) أخرجه في الأمالي ٤/٢١١.
(٦) في (ب): في ذلك.
(٧) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٠.

مسألة: في شهادة الذمي والأعمى والمجنون على الزنى

قال: ولو أن أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فوجد أحدهم ذمياً، أو أعمى، أو مجنوناً، درئ عنه الحد، وعن الشهود جميعاً.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(١).

أما درء الحد عن المشهود عليه، فإن الشهادة لم تحصل على وجه يوجب الحد؛ لأن الشهادة مفتقرة إلى العدالة، والإسلام، ثُمَّ إلى صحة البصر؛ لأن هذه شهادة عن معاينة، وأوجبنا سقوط الحد عن الشهود؛ لأن الشهادة قد تمت من جهة العدد، فصار ذلك شبهة في درء الحد عن الشهود.

قال: وإن كان الإمام قد أمضى الحد بشهادتهم، ثُمَّ عرف ذلك من حالهم، كان عليه إخراج ما يجب فيه من بيت مال المسلمين.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٢).

وذلك أن هذا من خطأ الإمام، وقد بينا أن الإمام إذا أخطأ فيما هذا سبيله، فيجب أن يكون ضمانه من بيت مال المسلمين.

مسألة: في شهادة النساء على الحدود

قال: ولا تجوز شهادة النساء في شيء من الحدود، وسواء كن وحدهن، أو كان معهن رجال.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٣).

وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً، وروى الزهري قال: قد مضت السنة من رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - والخليفتين من بعده ألا تقبل شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/٢٣٣. والمنتخب: ٤١٣.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٣.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٤.

مسألة: في إقامة الحد بالإقرار

قال: ومن اعترف بالزنى - من رجل، أو امرأة - فلا حد عليه حتى يقر عند الإمام أربع مرات.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

قال الشافعي: يحد بإقراره مرة واحدة.

والأصل فيه: ما روي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن رجلاً من أسلم جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فشهد على نفسه بالزنى، فردده النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أربع مرات، فلما أن جاء في الخامسة، قال له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أتدري ما الزنى»؟ قال: نعم، أتيتها حراماً حتى غاب ذاك مني في ذاك منها، كما يغيب المرود في المكحلة، والرشا في البئر، فأمر رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - برجمه، فرجم[2].

وعن سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، قال: جاء ماعز إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فاعترف بالزنى مرتين (فطرده، ثم جاء فاعترف بالزنى مرتين)[3]، فقال: «شهدتَ على نفسك أربع مرات، فاذهبوا فارجموه».

وروى نحوه عن سماك، عن /١١٣/ جابر بن سمرة، وعن يزيد بن نعيم بن هزال، عن أبيه، ذكر قصة ماعز، وأنه جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: يا رسول الله، إني زنيت، فأقم عليَّ حد الله، فأعرضَ عنه، فعاد حتى قالها[4] أربع مرات، وذكر الحديث.

وعن جابر بن عبد الله أن رجلاً من أسلم أتى رسول الله - صلى الله عليه وآله

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٣، ٢٢٤. والمنتخب: ٢٤٤.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب حد الزاني.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٤) في (أ): قال.

وسلم - وهو في المسجد، فناداه، فحدثه أنَّه زنى، فأعرض عنه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فتنحى لشقه الذي أعرض، فأخبره أنَّه زنى[١]، وشهد على نفسه أنَّه زنى أربع مرات، فقال: «هل بك جنونٌ»؟ قال: لا. قال: «فهل أحصنت»؟ قال: نعم. فأمر به أن يرجم بالمصلى.

وعن ابن شداد عن أبي ذر، قال: كنا مع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم- في سفر، فأتاه رجل فأقر عنده بالزنى فرده[٢] أربعاً، ثُمَّ نــزل، فأمرنا فحفرنا له حفرة ليست بالطويلة، فأمر به فرجم.

وروي عن الشعبي، عن أبي بكر، أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - رد[٣] ماعزاً أربع مرات، وروي نحوه عن أبي هريرة، فدل ظاهر هذه الأخبار على أن الحد وجب[٤] بعد الرابع.

فإن قيل: إنَّما كان الترديد لأنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - استراب بعقله، و لم يصرح بالزنى، وروي أنَّه جاء كاسر[٥] الرأس، محمرَّ العينين.

قيل له: كل ذلك كان ممكناً في دفعة واحدة لولا أن الحد وجب بعد الرابع، على أن علياً ذكر أن رجلاً من أسلم جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فشهد على نفسه بالزنى، وفيما روي عن ابن عباس أنَّه صلى الله عليه آله وسلم قال: شهدت على نفسك أربع مرات، فدل ذلك على أن إقراره كان قد صح في كل مرة، فلو كان الحد يجب بإقراره مرة واحدة، لم يجز أن يردده، ألا ترى إلى ما روى عنه أنَّه قال: «ما ينبغي لوالٍ أن يؤتى بحد إلاَّ أقامه، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد، وجب» ويدل على ذلك ما روي[٦]

(١) سقط من (ب): أنَّه زنى.
(٢) في (ب): فردده.
(٣) في (ب): ردد.
(٤) في (ب): وقع.
(٥) في (ب): حاسر.
(٦) سقط من (ب): ما روي.

أن أبا بكر، قال له: إنك إن اعترفت الرابعة، رجمك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وروي عن بريدة أنا كنا نتحدث - أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن الغامدية وماعز بن مالك(١) لو رجعا بعد اعترافهما، لم يطلبهما، وإنما رجمهما بعد الرابعة، فدل ذلك على أن حكم الإقرار كان معلوماً عندهم، وأن الحد لا يجب إلاَّ بعد الرابع.

فإن قيل: فقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «اغد يا أنيس على امرأته، فإن أقرت، فارجمها» دليلٌ على أن الرجم يجب بإقراره مرة واحدة.

قيل له: ليس في ذلك بيان عدد الإقرار، وهذا كما يقول: إن أقام البينة، فافعل، لا يُعقل من هذا عدد البينة، ويجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وآله /١١٤/ وسلم أطلق ذلك القول لأنيس؛ لأنَّه كان عرف حكم عدد الإقرار، ألا ترى أنَّه لم يقل له: سل عن عقلها، وإن كان لا بد منه.

وروي عن علي رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن امرأة أتته، فاعترفت عنده(٢) بالزنى، فرددها حتى فعلت ذلك أربع مرات، ثُمَّ رجم(٣). ولا يحفظ عن أحد من الصحابة أنَّه خالفه، فجرى مجرى الإجماع منهم، ويؤكد ذلك أن الحدود لا يجب إقامتها إلاَّ توقيفاً، ولا توقيف في الإقرار دون أربع مرات؛ ولأنه معنىً يثبت به حد هو حق لله خالصاً، فوجب أن يعتبر فيه العدد، دليله الشهادة؛ ولأن الشهادة آكد حكماً من الإقرار لإمكان أن يسقط الحد عن نفسه بعد الإقرار، فلما روعي في الشهادة من التأكيد ما لم يراعَ في سائر الشهادات، كان الإقرار أولى بذلك.

---

(١) الأحاديث في هذه المسألة سبق تخريجها في أول الباب.

(٢) في (ب): امرأة اعترفت عنده.

(٣) تقدم

فإن قيل: فقد روي: «من يبدِ لنا صفحته، نقم عليه حد الله»[١].

قيل له: الخلاف فيما تبدى به الصفحة.

وعلى الإمام أن يزجره عند كل إقرارٍ زجرةً خفيفة، وذلك لما روي أن ابن عباس قال: إن ماعزاً جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فأقر بالزنى مرتين، فطرده رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وفي غيره من الأحاديث أنَّه أعرض عنه.

قال: وإذا أقر أربع مرات، سأله عن الزنى ما هو؟ وكيف هو؟ فإن عرف، سأل عن عقله، فإذا صح له عقله[٢]، عرّفه أنَّه إن يثبت على إقراره، أقام عليه حد مثله.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

وذلك لما روي عن علي - عليه السلام - أنَّه قال في الخامسة: أتدري ما الزنى؟ فقال[٤]: نعم، أتيتها حراماً حتى غاب ذاك مني في ذاك منها كما يغيب المِروَد في المكحلة، والرشا في البئر، وروي أنَّه قال لماعز: «أبك جنون»[٥]. قال: لا. ولما روي عن أبي بكر أنَّه قال: إن أقررت الرابعة، رجمك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وليكون إقدامه في الثبات على الإقرار على بصيرة.

قال: فإن وقع في إقراره شيء يوجب درء الحد، درأه عنه. وهو منصوص عليه في الأحكام[٦].

وذلك لأن الإقرار لا يكون قد تم ووقع على وجه يوجب الحد، ولقوله: «ادرؤوا الحدود بالشبهات». ولما روي عن علي - عليه السلام - أنَّه قال: لأن أخطئ في العفو أحب إليَّ من أن أخطئ في العقوبة.

---

(١) أخرجه البيهقي ٨/٣٢٦ ومالك ٢/٨٢٥ عن زيد بن أسلم.
(٢) سقط من (ب): له عقله.
(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٣.
(٤) في (ب): قال.
(٥) في (أ): إنك مجنون.
(٦) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٤.

مسألة: في رجوع المقر بالزنى

قال: فإن رجع عن إقراره بعد ذلك كله، قَبل الإمام رجوعه، ودرأ عنه الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1]. وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وحكي عن مالك، وصاحب الظاهر أنَّه قال: لا[2] يقبل رجوعه.

والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه: ما روي عن أبي المنذر مولى أبي ذر، عن أبي أمية المخزومي، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أُتي بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاعٌ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ما أخالُكَ سرقت» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين، أو ثلاثاً، فأمر به، فقُطع، فدل هذا الحديث على أن الرجوع /١١٥/ بعد الاعتراف صحيح، لو لا ذلك، لم يكن في تلقين النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - إياه فائدة.

فإن قيل: عندكم القطع لا يجب إلاَّ بعد إقرار مرتين، فما أنكرتم أن يكون لُقِّن؛ لأن الإقرار لم يكن استقر بعد؟.

قيل له: في الحديث ما يبطل هذا التأويل؛ لأن فيه أنَّه اعترف، ثُمَّ قال له رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - مرتين، أو ثلاثاً، ولو كان الأمر على[3] ما قلتم، لكان يقول ذلك مرة واحدة، وقد روي أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لماعز حين أقر بالرابعة: «لعلك لمست، لعلك قبَّلت».فلقنه ما يجوز أن يكون رجوعاً، وكذلك قوله: «أتدري ما الزنى»؟ قال: نعم، يدل على ذلك، وروي عن علي - عليه السلام - أنَّه قال للتي أقرت عنده بالزنى، لعلك اغتُصبت، لعل[4] زوجك من عدونا، فكان ذلك كله تلقين الرجوع، فلولا أن رجوع المقر كان صحيحاً، كان لا معنى

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٠، ٢٥٢. والمنتخب: ٤١٣.

(٢) في (أ): أنَّه لا.

(٣) في (أ) كما.

(٤) في (أ): لعلك.

لذلك، وروي في قصة ماعز بن مالك أنَّه لما أخذه حَرُّ الحجارة، اشتد[١]، فهرب، فلقيه عبد الله بن أنيس وقد أعجز أصحابه، فرماه بلحي جمل، فقتله، فذكر ذلك للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «هلا تركتموه».وكذلك فيما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في قصة المعترف بالزنى لما أمر برجمه، فرَّ[٢]، فأخذه حر الحجارة، فلقيه رجل بلحي جمل، فقتله، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «هلا تركتموه».ثم صلى عليه[٣]. فلما منع نفسه مما بذله[٤] من القول، قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «هلا تركتموه».فإذا ثبت أن هربه يوجب تركه مع احتمال ألا يكون الهرب للرجوع، بل لأغراض كثيرة، كان الرجوع عن الإقرار[٥] بذلك أولى.

فإن قيل: كيف يجوز أن يقول لهم النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ذلك وهم لو تركوه، لكانوا عصاة للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فيما أمرهم به؟.

قيل له: لا يمتنع أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عرَّفهم أن الرجوع عن الإقرار يوجب سقوط الحد، فهلا اعتبروا أمر الهرب، وهلا ردوه إلى الرجوع فترْكه[٦] إلى أن يعود أولى إن ارتابوا به، فإن هذا القدر من الاجتهاد جائز في حال غيبتهم عن مشاهدة النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

فإن قيل: فقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من أبدا لنا صفحته، أقمنا عليه حد الله».

---

(١) في (أ): واشتد.

(٢) سقط من (ب): فر.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد الزاني.

(٤) في (أ): من بذله.

(٥) في (أ): الأقوال.

(٦) في (أ): فيتركوه.

قيل له: معناه[١] من أقام على ذلك، فأما من رجع، فليس هو في تلك الحال مبدياً صفحته.

فإن قيل: فقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم - لأنيس: «فإن اعترفت، فارجمها».

قيل له: معناه إن أقامت على الاعتراف كما تقول: إن أقام البينة، فاحكم له، معناه إن ثبت الشهود على الشهادة، ألا ترى أنَّه لو رجمها وقد رجعت /١١٦/ عن الاعتراف يكون قد رجمها وهي غير معترفة.

فإن قيل: فقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « فما بلغني من حد، وجب».

قيل له: لا نختلف في الوجوب، وإنما اختلفنا في السقوط إذا رجع عن الإقرار، ألا ترى أنَّه قد يجب بالشهادة، ثُمَّ يسقط برجوع الشهود، قال الجصاص: روي عن علي - عليه السلام - أنَّه أمر بضرب عبد أقر عنده بالزنى، وقال للضارب: اضربه حتى يقول أمسك[٢]، ولا يحتمل ذلك إلاَّ معنى الرجوع عن الإقرار، وأيضاً هو معنى يثبت به وجوب حد الزنى، فيجب أن يسقطه الرجوع، كالشهادة، على أن الحدود مبنية على التسهيل، وعلى أنها تدرأ بالشبهات، وعلى أنَّه يستحب للإمام طلب وجه موصل إلى إسقاطها، فخالف في ذلك القصاص، وحد القاذف، وحقوق الأموال؛ لأن هذه الأشياء من حقوق بني آدم، فكان ذلك شاهداً لما ذهبنا إليه ومؤكداً له.

قال: وإن أقام على اعترافه، أقام عليه حد مثله.وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

وذلك مما لا خلاف فيه؛ لأن إقراره جائز عليه، وإنما الخلاف في الرجوع عنه؛ ولأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رجم من أقام على إقراره وقطع، وكذا فعل أمير المؤمنين.

---

(١) سقط من (ب): معناه.

(٢) في (أ): أمسكه.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٢٣.

مسألة: في إقرار العبد بالزنى

قال: ويقام على المملوك الحد إذا أقر على نفسه بالزنى أربع مرات، وعُمل في أمره ما وصفنا.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

وذلك أن حكم المملوك حكم الحر إلاَّ في الرجم، وفي عدد الجلد، فأما في غير ذلك من اعترافه والشهادة عليه، فحكمه حكم الحر.

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٢.

باب القول في حد القاذف

مسألة: في شروط إقامة حد القاذف

أيما رجل حرٍ، مسلم، عاقل، بالغ[١]، قذفه بالغ عاقل، كان بالخيار بين العفو عن القاذف، ورفعه إلى الإمام، فإن رفعه إلى الإمام، وثبت عند الإمام قذفه بإقرار القاذف، أو بينة المقذوف، سأل الإمام القاذف عن بينته بصحة ما قذفه، فإن أقام البينة، أقيم على المقذوف حد مثله، و لم يجب على القاذف شيء، وإن لم يُقم بينة، ضربه الإمام ثمانين جلدة إن كان حراً، وإن كان عبداً، ضربه أربعين[٢] جلدة.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٣].

الأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ الآية (النور: ٤)، وهذه الجملة لا خلاف فيها بين المسلمين.

وقلنا: إن المقذوف يجب أن يكون حراً مسلما؛ لأنه لا خلافَ أحفظ في أن من قذف ذمياً، أو عبداً، فلا حدَّ عليه، ويجب أن يكون عاقلاً، عفيفاً في الظاهر عن الزنى؛ لأنَّه لا خلاف أن[٤] من قذف مجنوناً، فهو /١١٧/ في حكم من قذف صبياً في أنَّه لا حد عليه كذلك، ويجب أن يكون عفيفاً؛ لأن من ظهر عليه الزنى، فلا خلاف أنَّه لا حد على قاذفه، وقد قال الله - عز وجل -: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾(النور ٤)، فبان أنَّه إن أقام البينة على صحة ما قذفه به، لم يلزمه الحد، فثبت أنَّه لا بد من العفاف، فصار معنى الإحصان الذي يلزم به القاذف الحد أن يكون حراً، مسلماً، بالغاً، عاقلاً، عفيفاً عن الزنى والقاذف يجب أن يكون بالغاً عاقلاً؛ لأن

(١) سقط من (ب) بالغ.

(٢) في (أ): ثمانين.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٦ - ٢٣٧. والمنتخب: ٤١٧ - ٤١٨.

(٤) في (أ): في أن.

العقوبة لا تلزم إلاَّ البالغ العاقل، فإن كان حراً[(١)]، جُلد ثمانين جلدة، كما نطق به ظاهر القرآن، وإن كان عبداً، جلد أربعين جلدة؛ إذ الدلالة قد دلت على أن حد[(٢)] العبد على النصف من حد[(٣)] الحر فيما هو أعظم من القذف، وهو الزنى، فكذلك في حد القذف، والمعنى أنَّه حد يمكن تنصيفه.

ولا خلاف أن للمقذوف أن يعفو قبل رفعه إلى الإمام، وأنه ليس له ذلك بعد رفعه؛ لأنَّه ليس كالقصاص في أنَّه حق محض للآدمي.

مسألة: في قبول شهادة القاذف

قال: ولا يجوز قبول شهادة القاذف بعد ما حُدَّ، أو لزمه الحد، إلاَّ أن يتوب من قذفه.

وهو منصوص عليه في الأحكام[(٤)].

وذلك لقول الله - عز وجل -: ﴿**وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِيْنَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ**﴾(النور ٤)، وبه قال الشافعي[(٥)]، ولست أحفظ فيه خلافاً بين أهل البيت - عليهم السلام - قال أبو حنيفة وأصحابه: لا تقبل شهادته أبداً تاب أو لم يتب، وظاهر الآية يدل على صحة ما ذهبنا إليه؛ لأن من حكم الاستثناء أن يعود إلى جميع الكلام، إلاَّ ما يخصه الدليل.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: حكم الاستثناء أن يرجع إلى ما[(٦)] يليه؟

قيل له: قد علمنا أن الاستثناء يصح رجوعه إلى جميع ما تقدم (إخباره جملة، ألا ترى أن الاستثناء في آية المحاربين راجع إلى جميع ما تقدم)[(٧)]، فإذا صح رجوعه إلى

---

(١) في (أ): حراً قذف.

(٢) في (ب): جلد.

(٣) في (ب): جلد.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٦.

(٥) سقط من (أ): الشافعي.

(٦) في (أ): من.

(٧) سقط ما بين القوسين من (أ).

الجميع، وجب ذلك، و لم يجز تخصيصه بواحدة منه دون غيره إلاَّ بالدلالة، ألا ترى أن الشرط يجب أن يرجع إلى جميع ما تقدم؛ لأن قائلاً لو قال: عليَّ صدقة درهم، وصيام يوم، وإطعام مسكين، إن دخلت الدار، كان ذلك راجعاً إلى الجميع، فكذلك الاستثناء؛ لأن صحة رجوع كل واحد منهما إلى الجميع على سواء.

فإن قيل:قول الله تعالى:﴿ **وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً**﴾(النور ٤) يدل على ما قلناه، وإلا لم يكن لذكر التأبيد معنى؛ لأن المنع من قبول شهادتهم قد عُلم بقوله: ﴿**وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً**[1]﴾ فلا بد من أن يكون لذكر التأبيد فائدة أخرى.

قيل له: ذكر التأبيد يدخل في الكلام للتأكيد، لا لأن يفيده[2] فائدة أكثر من التأكيد، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿**وَمَن يَعْصِ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا**﴾ (النساء ١٤)، وقال تعالى في موضع آخر: ﴿**وَمَن يَعْصِ اللهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَداً**﴾ (الجن: ٢٣) /١١٨/ فلم نستفد بإحدى الآيتين[3] إلاَّ ما استفدناه بالأخرى، و لم يكن لذكر التأبيد فائدة أكثر من التأكيد، فكذلك في آية القاذفين.

فإن قيل: الآية اشتملت على أمرين: أحدهما إبطال الشهادة، والثاني إثبات اسم الفسق، وقد علمنا أن الفسق مبطل للشهادة، فلولا أن ذكر إبطال الشهادة أفاد معنى آخر، وهو أن الشهادة[4] غير مقبولة أبداً قبل التوبة وبعدها، لم يكن لذكر إبطال الشهادة معنىً مع ذكر الفسق.

قيل له: بل لذكر الأمرين[5] فائدة تضاد[6] مذهبك، وهو أنّه تعالى[7] كما قال:

---

(١) في (أ): شهادة أبداً.

(٢) في (ب): يفيد.

(٣) في (ب): الروايتين. وظنن على الآيتين.

(٤) في (ب): شهادته.

(٥) في (ب): الفسق.

(٦) في (أ): تواد.

(٧) في (ب): أنَّ الله تعالى.

﴿وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً﴾ لو لم يقل مع هذا التأكيد ﴿وَأُوْلَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ[١]﴾، كان يجوز أن يظن ظان أن شهادته غير مقبولة أبداً، وأن الاستثناء تضمن معنى الغفران فقط كما ذهبتم إليه، فلما قال: ﴿وَأُوْلَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾، نبهنا على أن المنع من قبول الشهادة لفسقه ليعلم أن فسقه منع أن تقع شهادته مقبولة.

فإن قيل: رد شهادته تعلق بجلده، وكما أن جلده لا يرتفع، كذلك رد شهادته لا ترتفع.

قيل له: هذا غير مسلَّم لكم، بل نقول: إن رد شهادته تعلق بفسقه، كما نقول في المحدود في الزنى، والخمر، والسرقة[٢]، ألا ترى أن شهادة هؤلاء كلهم تتعلق بأفعالهم التي استحقوا بها الحد[٣]، فكذلك القاذف، على أن الحد لا يخلو من أن يكون عقوبة، أو تكفيراً، وأيهما كان، لم يتعلق بطلان الشهادة به، فيجب أن يكون تعلقه بارتكاب ما ارتكب من المحظور، على أن الأصول شاهدة لنا بذلك؛ لأن الشهادات يتعلق بطلانها بارتكاب ما يوجب العقوبات.

فإن قيل: إذا قلتم إن الاستثناء راجع إلى جميع ما تقدم، فيجب أن يرجع إلى الجلد، فيسقط الجلد بالتوبة.

قيل له: الظاهر يقتضي ذلك، وحكي عن الشعبي، وهو أحد قولي الشافعي، ونحن نخرجه من حكم الاستثناء بالدلالة، وإلا فحكم الاستثناء يوجب ذلك، ووجه دليلنا: أن الجلد حق لبني آدم، فلا يجب أن يسقط بالتوبة، وليس كذلك الشهادة؛ لأنها ليست حقاً ثابتاً لأحد؛ لأن حق الشهادة إنَّما هو للمشهود له، وإبطال الشهادة هو إسقاط الحق دون قبولها.

فإن قيل: إذا قيل لفلان /١١٩/ عليَّ عشرة دراهم إلاَّ ثلاثة دراهم إلاَّ درهم، فيكون الاستثناء الأخير يرجع إلى الذي يليه دون ما تقدم.

---

(١) في (ب): وأولئك عند الله هم الفاسقون.

(٢) في (أ): والسريقة.

(٣) في (أ): استحقوا بها دون الحد.

قيل له: ليس هذا عروض لما ذهبنا إليه، وذلك أن قوله إلاَّ درهما، أمرٌ منفصل عن الجملة الأولى حكماً ولفظاً، ألا ترى أنَّه بقي ما ثبت بالجملة[١] الأولى، وما ذهبنا إليه هو أن الاستثناء إذا جاز رجوعه إلى جملة مسماة، ولم يكن رجوعه إلى بعضها أولى من رجوعه إلى سائرها، فيجب أن يرجع إلى الجميع، وشبهنا بها الشرط[٢]، ولو كان ما ذكرتم في الشرط أيضاً، لكان كذلك، وإن كان من حكم الشرط أن يرجع إلى الجميع، ألا ترى أن قائلاً لو قال: عليّ صدقة درهم، وصيام يوم، إن دخلت الدار، إذا جاء المطر، فالشرط الثاني يرجع إلى الشرط الأول دون المشروط؛ لأن الشرط منفصل عن المشروط لفظاً وحكماً، فكذلك الاستثناء.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يجوز في الإسلام شهادة مجرَّب عليه شهادة الزور، ولا شهادة مجلود حداً[٣]، ولا ذي غمرٍ على أخيه»[٤].

قيل له: المراد قبل التوبة، ألا ترى أن ذا الغمر على أخيه إذا ظهرت توبته، قبلت شهادته، وكذلك المجرب عليه شهادة زور، وكذلك المجلود حداً، على أن من مذهب أبي حنيفة أن المجلود حداً تقبل شهادته إلاَّ في القذف، ويشرط أن يكون جلد في حال الإسلام، فلنا أيضاً أن نتأوله على ما دلت الدلالة عليه، وروى سعيد بن المسيب عن عمر أنه قال لأبي بكرة: إن تبت، قُبلت شهادتك[٥]، ولم ينكر ذلك أحد عليه، على[٦] أن جميع ما تعلقوا به يُنقض بقولهم إن الذمي إذا حد في القذف، ثُمَّ أسلم، قبلت شهادته، ويمكن أن يجعل ذلك أصلاً، ويقاس عليه إذا حد ثُمَّ تاب بأن يقال: إنَّه

---

(١) في (ب): باللفظة.

(٢) لعله وشبهناها بالشرط.

(٣) في (ب): عليه حد.

(٤) أخرجه الترمذي ٥٤٥/٤ والبيهقي ١٥٥/١٠ والدارقكني ٢٤٤/٤ وأبو داود ٣٠٦/٣ وابن ماجه ٧٩٢/٢ عن عائشة وعبد الله بن عمرو بن العاص بألفاظ متقاربة.

(٥) سبق تخريجه في قصة زنى المغيرة.

(٦) في (أ): وعلى.

تاب من قذفه بعد ما أقيم عليه حده، فيجب أن يكون مقبول الشهادة، كالذمي إذا أسلم وتاب من قذفه بعد حده.

فإن قالوا: اليهود والنصارى عندنا لم يدخلوا[١] في حكم الآية من جهة اللفظ؛ لأن الله تبارك وتعالى إنَّما حكم بهذا فيمن لزمه اسم الفسق لوقوع حده، فأولئك كانوا مستحقين اسم الفسق قبل ذلك لكفرهم.

قيل له: هذا يوجب عليكم أن يجيزوا قبول شهادة التائب من القذف بعد الجلد إذا كان في حال قذفه، وقبل ذلك مرتكباً للكبائر؛ لأنَّه يكون مستحقاً اسم الفسق لارتكابه الكبائر قبل القذف، وقبل الحد، وهذا يهدم ما اعتمدتموه؛ لأنَّه نكتة التي بها تقولون.

فإن قيل: الشاهد يحتاج أن يكون عدلاً في دينه، وعدلاً في فعله، لهذا ترد شهادة الفاسق، فإن كان من أهل الإسلام، فإقامة الحد عليه تبطل عدالته من جهة الدين والفعل جميعاً، فإذا تاب، فإن توبته أوجبت عدالته من جهة الفعل؛ لأن دينه هو الذي كان من قبل، واليهودي إذا حد فإنما بطلت عدالته من جهة الفعل، ومن جهة الدين، فإذا أسلم، وتاب، حصلت له عدالة من جهة الدين والفعل، فوجب أن تقبل شهادته.

قيل له: هذا كله تمويه وتحكم، فأول /١٢٠/ ذلك أنا لا نسلم أن المبطل لعدالته هو إقامة الحد؛ لأن المبطل لعدالته هو القذف متى تعرى عن إكمال الشهادة، وبه استحق الجلد، وإذا كان ذلك كذلك، فتعليلهم يوجب ألا تقبل شهادته، وإن تاب قبل الجلد، وشهادته إذا تاب قبل الحد عندهم مقبولة، ومنها أن القذف، أو إقامة[٢] الحد عليه، لم تسقط عدالته من جهة الدين، وإنما أسقط عدالته من جهة الفعل، وإنما لا يطلق عليه اسم العدالة؛ لأن العدالة التامة تكون من جهة الاعتقاد، ومن جهة الفعل، فنقول: إنه عدل من جهة الاعتقاد، كما نقول في الذمي هو عدل من جهة الأفعال، يكشف ذلك أن المحدود في القذف عدل في اعتقاده؛ لأن كل ما يتعلق

---

(١) في (أ): يدخل.

(٢) سقط من (ب): إقامة.

بالاعتقاد، فهو والعدل سواء، كمناكحته، وأكل ذبيحته، وإجزاء صلاته، وصيامه، وزكاته، وحجه إلى غير ذلك مما يكثر عده، فبان أن عدالته من جهة الدين ثابتة، فإذا وافقتمونا[١] على أن توبته تعيد إليه عدالته من جهة الفعل، فقد صار عدلاً مطلقاً، فيجب أن يصح قبول شهادته، يكشف ذلك أن العدالة ليست غير صحة الاعتقاد، فإذا كان الإنسان صحيح الاعتقاد، وجب أن يكون عدلاً في اعتقاده، كما أنّه إذا كان صحيح الأفعال، كان عدلاً في أفعاله، على أن الجلد لو أسقط عدالة الدين، لكان الواجب على ما أصّلتموه أن يكون كل من فسق لا تقبل شهادته أبداً، أيَّ فسق كان؛ لأن فسقه عندكم يكون قد أزال عدالة دينه وفعله، وتوبته إنّما تُحصِّل عندكم عدالة فعله، دون عدالة دينه، وهذا ظاهر البطلان.

فإن قيل: رد الشهادة لا يتعلق بالقذف، بل يتعلق بالجلد؛ لأن القاذف يحتمل أن يكون صادقاً، ويحتمل أن يكون كاذباً.

قيل له: فمن أقيم عليه الشهادة أنّه زنى بجارية غيره، يجوز أن يكون ملكها على صاحبها، فاحتمل أن يكون وطؤه حلالاً، واحتمل أن يكون زنى، فلا يجب أن يتعلق رد شهادته بالزنى.

فإن قيل: فالحاكم إذا حكم برد شهادة فاسق في حكم من الأحكام، فإنها لا تقبل إن أعادها بعد التوبة، فكذلك شهادة القاذف.

قيل له: لأن الفاسق إذا أعاد شهادته بعد التوبة، فإنه يعيد شهادة قد حكم الحاكم بإبطالها بعينها، فلم يجز أن تقبل، وليس كذلك شهادة القاذف بعد التوبة؛ لأن الحاكم لم يحكم بإبطالها بعينها، وعلى[٢] أن الفاسق إذا أعاد شهادته بعد التوبة، كان متهماً أنّه أراد بها تصديق نفسه، وليس كذلك القاذف.

فإن قيل: فالحاكم قد حكم بإبطال شهادة القاذف؟

---

(١) في (ب): وافقونا.

(٢) لعله على.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنَّه ليست هناك شهادة يبطلها بعينها، فأما إن كان الحاكم ممن يرى إبطال شهادة القاذف بعد التوبة، فحكم عليه بذلك، ففيه نظر، وليس هو منصوصاً عن أصحابنا، ولا يبعد عندي ألا /١٢١/ تقبل شهادته، هذا إن صح الحكم به، والأقرب[١] ألا يصح الحكم به؛ لأنَّه لا يصح أن تكون هناك دعوى مدع، وجملة الأمر فيه نظر.

فإن قيل: فقد قال الله – عز وجل-: ﴿فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾(النور: ١٣) ومن ثبت عند الله من الكاذبين، لم تقبل شهادته.

قيل له: هذا معناه على أحد الوجهين:

أحدهما: أنَّها نزلت في أصحاب الإفك على عائشة، وسياق الآية على ذلك يدل؛ لأنها في جملة القصة.

والثاني: أنها لو كانت عامة، فالمراد أنهم في الحكم عند الله كذلك[٢]، إلاَّ أن يتوبوا، ألا ترى أنَّه جائز أن يكون فيهم من هو صادق في الحقيقة، على أن من شهد الله عليه بالكذب إذا تاب، قبلت شهادته؛ لأنَّه – عز وجل – قال في قصة الذين باهلوا النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: ﴿فَنَجْعَل لَّعْنَةَ اللهِ عَلَى الْكَاذِبِيْنَ﴾ (آل عمران:٦١) يعني الذين باهلوا، ولو أسلموا، وتابوا، قبلت شهادتهم، وكذلك الذين قال الله فيهم: ﴿وَأَكْثَرُهُمُ الْكَاذِبُونَ﴾(آل عمران:١١٠) والقياس فيه على وجوه: نقيسه على سائر الفسقة في جواز قبول شهادتهم إذا تابوا، ونقيسه على سائر المجلودين إذا تابوا، ونقيسه على النصراني إذا حد في القذف، ثُمَّ أسلم، وتاب، وحكى أبوبكر الجصاص[٣] مثل قولنا عن مالك، وعثمان البتي، وحكي عن الأوزاعي – وأظنه عن الحسن بن صالح بن حي – أن كل من حد في الإسلام في قذف، أو غيره، لم

---

(١) في (أ): القرب.

(٢) في (ب): عند الله عليه كذلك.

(٣) في (ب): وحكى الجصاص.

تقبل شهادته، ومذهب أبي حنيفة وأصحابه[١] أن كل محدود تقبل شهادته غير المحدود في القذف.

قال: ولا فصل بين أن يكون القاذف مسلماً، أو ذمياً، وهو منصوص عليه في الأحكام[٢].

وهذا لا خلاف فيه لعموم قوله: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ فعم و لم يخص؛ ولأن سائر الحدود لا تخصيص فيه بين أهل الذمة وأهل الملة.

مسألة: في دعوى القاذف غياب شهود

قال القاسم - عليه السلام -: إذا ادعى القاذف بينة غُيَّباً على صحة قذفه، انتُظر أجل مثله[٣].

قال: أجل مثله، و لم يذكر شيئاً معيناً، وقال يحيى بن الحسين - عليه السلام -: يؤجل أجلاً يمكنه فيه المجيء ببينته[٤]، وحكي عن أبي حنيفة أنَّه يؤجل إلى قيام القاضي، وروي عن أبي يوسف أنَّه قال: أحبسه، وأتأنَّى به، ولا أعجل، وعن محمد: مقدار جلوس القاضي، وعن محمد فيمن ادعى على آخر أنَّه قذفه، فادعى بينة حاضرة: كفلناه ثلاثة أيام، كل ذلك حكاه أبو الحسن الكرخي في (المختصر) والأولى عندي - والله أعلم[٥] - أن أضيق الآجال بعد أجل المجلس الذي يكون بين المتعاقدين إنَّما هو ثلاثة أيام الذي جعل للشفيع، وهو أجل حسن على ما بيناه في الشفعة، فلا يبعد أن يحمل أجل القاذف عليه، ويُتأول عليه قول القاسم - عليه السلام- والله أعلم - وذلك أنَّه لا خلاف أن أجله أوسع من أجل المتعاقدين، وليس يبعد أن يقال أيضاً بقول أبي حنيفة، قياساً على أجل المتصارفين، وهو إلى التفرق عن/١٢٢/ المجلس.

---

(١) سقط من (ب): وأصحابه.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤١.

(٣) رواه يحيى عنه في الأحكام: ٢/ ٢٤٠.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٠. والمنتخب: ٤١٩.

(٥) سقط من (ب): والله أعلم.

قال: ولا فصل في جميع ذلك بين أن يكون القاذف والمقذوف ذكراً، أو أنثى. وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

وذلك مما لا خلاف فيه؛ لأن الذكورة والأنوثة سواء فيما يجب له أو عليه في باب الحدود، لا خلاف فيه.

مسألة: في التصريح والكناية في القذف

قال: ولا فصل بين أن يصرح القول فيقول: يا زاني، أو يُكني عنه، في لزوم الحد. وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(٢).

الكناية نحو أن يقول: لستَ ابن فلان - يعني من نُسبَ إليه - أو يقول: يا فاعل بأمه(٣)، جميع ذلك وما جرى مجراه كناية عن الزنى، فيجب فيه الحد، ولا أحفظ فيه خلافاً، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾(النور ٤) وهذا قد رمى.

فأما التعريض، فلا حد فيه، والفصل بينه وبين الكناية أن الكناية هي التي تكون موضوعة للرمي بالزنى وإن احتمل غيره، والتعريض ما يكون موضوعه لغير الرمي بالزنى، وإن احتمل ذلك، فأما أصحاب أبي حنيفة فإنهم قالوا: لا حد في الكناية والتعريض، ويشبه أن يكون خلافهم لنا في العبارة دون المعنى؛ لأنهم قد نصوا على من قال: لست ابن فلان - يعني من يُنسب إليه - وهذا الجنس يُعنى بالكناية، فأما التعريض، فكقول الرجل: إني لست بزانٍ، أو يقول: نتبين من الزاني مني ومنك، وما أشبه ذلك، وحكي عن مالك أن في جميعه حد القاذف، وذلك لا معنى له؛ لأنَّه لم يأتِ بلفظ موضوع للزنى(٤).

وقلنا في قوله: لستَ ابن فلان، إنَّه كان كناية؛ لأنَّه يحتمل أن يكون أراد الاستفهام، وأراد بذلك لست بشبهه في حال كذا.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٤.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٧، ٢٤٠. والمنتخب: ٤١٧، ٤١٩.

(٣) في الأحكام: يا فاعلاً بأمه.

(٤) في (أ): الزنى.

ويبطل قول مالك أن الله تعالى فرق بين التعريض والتصريح بقوله: ﴿ولا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ ثُمَّ قال: ﴿وَلَكِن لاَّ تُواعِدُوهُنَّ سِراً﴾ (البقرة: ٢٣٥).

فإن قيل: روي أن عمر أتي برجلين تسابّا، فقال أحدهما للآخر: ما أنا بزان، ولا أمي بزانية، واستشار عمر في ذلك فقال قائل: مدح نفسه وأباه، وقال آخرون: قد كان لأبيه مدح غير هذا، نرى أن عليه الجلد، فجلده عمر ثمانين.

قيل له: في الخبر أنهم اختلفوا، فإذا اختلفوا، وجب علينا أن نتبع الأصح، والأصح ما بيناه، وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه كان يعزر في التعريض[1].

مسألة: في السب بالفجور والفسق ونفي النسب

قال: ولو أن رجلاً قال لرجل: يا فاسق، يا فاجر، سئل عما أراد بقوله، فإن أراد الزنى، حُدَّ، وإن أراد غير ذلك من الفسق، أدب، فإن قال له: لست ابن فلان - يعني من نُسبت إليه - كان قاذفاً.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[2].

لم يوجب الحد في قوله: يا فاسق، يا فاجر؛ لأنهما لم يوضعا عبارة عن الزنى، وإن كان كل زان فاسقاً وفاجراً[3]، (فإن أقر على نفسه أنَّه أراد الزنى، فقد مضى ما يقوله في قوله: لست ابن فلان) [4].

مسألة: في قذف غير المحصن

قال: ولو قذف ذمياً، أو ذمية، أو عبداً، أو أمة، أو صبياً، أو صبية، لم يلزمه الحد،

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب حد القاذف.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٠. والمنتخب: ٤١٩، ٤٢١.

(٣) في (أ): فاسقاً فاجراً.

(٤) سقط ما بين القوسين من (أ).

وذلك لما بيناه أنهم غير محصنين؛ لأن من شرط الإحصان: الحرية، والإسلام، و/١٢٣/البلوغ.

قال: وإن بلغ الصبي، أو أسلم الذمي، أو عتق العبد بعد أن قذف، لم يلزم الحد، وذلك أن المراعى فيه حال القذف، والقذف لم يصادف محصناً، فلم يجب الحد.

قال: وأما المدبر، وأم الولد، فإنهما من جملة الأرقاء في جميع أحكامهم؛ لأنها لم تثبت الحرية لهما، وإنما استحقاها، وأما المكاتب، فإن لم يكن أدَّى شيئاً من مكاتبته، فهو كما قال، لا خلاف فيه، وإياه عنى في هذا الموضع؛ لأنَّه قد نص على ما مضى القول في أنَّه إن كان أدَّى شيئاً من مال الكتابة [1]، لزمه الحد بقدر ما أدَّى من مكاتبته، وإن كان مقذوفاً، فقياس قوله: أن يحد له بمقدار ما أدَّى على ما سلف القول فيه.

قال: وإن قذف مجنوناً، أو مجنونة، لم يلزمه الحد لما بيناه من أن العقل من شرائط الإحصان، لا خلاف فيه.

قال: ويلزم في ذلك كله التعزيز، وذلك موكول إلى رأي الإمام إن رأى أن يعزر، عزر.

وجميع ما في المسألة منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[2].

مسألة: في قذف الرجل أباه أو ابنه

قال: وإذا قذف الرجل أباه، أو ابنه، لزمه الحد كما يلزمه لو قذف الأجنبي.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[3].

أما إذا قذف أباه، فلا خلاف في أنَّه يلزمه الحد.

وأما إذا قذف الابن، فقول أبي حنيفة: لا حد عليه، وبه قال كثير من العلماء، وقال القاسم، ويحيى - عليهما السلام - بإيجاب الحد فيه؛ لقول الله - عز وجل -:

---

(١) في (أ): من الكتابة.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٩، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٣٠. والمنتخب: ٤٢٠ - ٤٢١.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٨. والمنتخب: ٤١٨.

﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُوْنَ الْمُحْصَنَاتِ﴾(النور ٤)، فعم، و لم يخص، وليس يمكن أن يُرد ذلك إلى القصاص؛ لأنَّه حق محض للابن يقوم فيه وارثه بعده، ألا ترى أنَّه يصح فيه العفو بعد رفعه[١] إلى الإمام، والقذف حق لله - عز وجل - وإن تعلق به حق الآدمي؛ لذلك لا يصح فيه العفو بعد المرافعة، ولا يصح رده إلى من سرق من مال ابنه؛ لأن القطع هاهنا درئ لشبهة الملك؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أنت ومالك لأبيك».ألا ترى أنا ندرأ القطع[٢] عمن سرق من شريكه بشبهة الملك، وليس في قذف الابن شبهة، فلا يجب أن يدرأ عنه الحد.

فإن قيل: أليس قال في (المنتخب)[٣]: إن رجلاً لو قذف أم ابنه وهيَ ميتة إن الابن لا يطالب أباه بحدها، فكذلك لا يطالب بحد نفسه.

قيل له: لأن هناك من يطالب به، وإن ترك الابن المطالبة، يقوم غيره من أوليائها، أو الإمام، والابن لا يجوز أن يطالب بحده إذا ترك، فلم يجز للابن الإقدام على مطالبة أبيه بحدٍ غيره يجوز أن يقوم مقامه.

مسألة: في قذف الرجل لجماعة

قال: ولو أنَّه قال لجماعة: يا بني الزواني، لزمه لكل واحدة من أمهات المشتومين حد إن طالبن به، وإن كان بعضهن ميتة، كان أولياؤها الطالبين بما يجب لها.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٤].

قال أبو حنيفة: من قذف جماعة بكلمة واحدة، فعليه حد واحد لجماعتهم، وهذا أحد قولي الشافعي، وله قول آخر أنَّه يحد بعدد المقذوفين مثل قولنا.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الله تعالى أوجب على كل من /١٢٤/ قذف محصنة حداً،

---

(١) في (ب): المرافعة.

(٢) في (ب): الحد.

(٣) انظر: المنتخب: ٤٢٢.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٨ - ٢٣٩. والمنتخب: ٤١٨.

فإذا قذف عدة من المحصنات، لزمه لكل واحدة منهم حد، كما أنَّه تعالى لما أوجب الدية على كل من قتل مسلماً خطأ، لو قتل عدة من المسلمين خطأ، فعليه لكل واحد منهم دية؛ لأن الحد حق للمقذوفين، وإن كان حقاً لله، فلا يجب أن يتداخل، كما لا تتداخل سائر الحقوق؛ لعلة أنَّه حق للآدمي، يدل على ذلك أن له أن يعفو عنه، وأن له أن يطالبه[1] كسائر الحقوق.

فإن قيل: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾(النور ٤)، فكان الواجب بظاهر الآية على قاذف المحصنات ثمانين جلدة، فصح قولنا.

قيل له: إنك تأملتَ شطر الآية، ولم تتأمل كلها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ﴾ فجعل الرماة عدة، ثُمَّ قال: المحصنات، فجعل المرميات عدة، ثُمَّ حقق الرماة عدة بقوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ فجعلهم جماعة[2]، ثم قال: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ﴾، فجعلهم جماعة، فبان أن الآية لم ترد في قاذف واحد، وأنها وردت في جماعتهم، فلا بد من أن يكون تقدير الآية فاجلدوا كل قاذف.

فإن قيل: تقدير الآية: الذي يرمي كل واحد منهم المحصنات.

قيل له: ليس ذلك كذلك،ولو كان كذلك، لكُنا لا نحد بظاهر الآية من قذف محصنة حتى يقذف المحصنات، وهذا خلاف الإجماع.

فإن قيل:روي أن هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحماء، قال له رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «ائت بأربعة يشهدون، وإلا فحد في ظهرك». فأوجب لهما جميعاً حداً واحداً.

قيل له: ليس هذا الكلام على ظاهره، بل تقديره: وإلا فحد في ظهرك لمن طلب منهما، ألا ترى أنهما لو أقرا، لم يلزمه حد، وكذلك إن لم يطلبا، لم يجب، فكشف بذلك على أن الغرض ما ذكرناه.

فإن قيل: إذا كان عندكم أنَّه لو قذف واحداً مراراً، فليس عليه إلاَّ حد واحد، فما

---

(١) في (ب): عنه وأن يطالبه.

(٢) في (أ): جميعاً.

تنكرون أن يكون ذلك كذلك وإن قذف جماعة؟.

قيل له: الفرق بينهما أن من قذف رجلاً واحداً مراراً، فعفا عنه، سقط بعفو واحد جميع ما لزمه بقذفه، ومن قذف عدة من الناس، فعفا عنه بعض المقوذفين، لم يسقط عنه جميع ما لزمه بقذفه[١]، فثبت أن لكل واحد منهم حقاً على القاذف في الحد، وإذا ثبت ذلك، ثبت أنَّه يجب أن يحد بعددهم؛ وذلك كأن يكون المقذوف الواحد يقذفه عدة من القاذفين أنَّه يلزم كل واحد منهم له حد؛ لأنَّه لو عفا عن واحد منهم، لم يسقط حقه من[٢] الباقين بالعفو الواحد، فبان أنَّه حدودٌ شتى، كذلك ما اختلفنا فيه بعلة أنَّه لا يسقط بالعفو الواحد، وأيضاً قد ثبت أن اللعان يجري مجرى الحد، وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال في /١٢٥/ امرأة هلال بن أمية حين جاءت بالولد على الصفة المكروهة: «لولا ما مضى من الحد، لكان لي ولها شأن» يعني - صلى الله عليه وآله وسلم - بالحد اللعان، وقد علمنا أن رجلاً لو قذف أربع نسوة له بلفظة واحدة، لزمه لكل واحدة منهن لعان، فكذلك إذا قذف الأجنبيات، والعلة أنَّه تعلق[٣] القذف بمقذوفين شتى.

فأما المقذوفة، فلا خلاف أنها المطالبة بحقها من الحد إن كانت حية، وإن كانت ميتة، فقد اختلف فيه، قال أبو حنيفة: هو إلى الوالد، والجد أب الأب، والولد، وولد الابن، دون الإخوة والأخوات، واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: إنَّه إلى الورثة، ومنهم من قال: إنَّه إلى الأولياء كالنكاح، وهذا قول يحيى - عليه السلام - لأنَّه ذكر الأولياء، و لم يذكر غيرهم، والدليل على أنَّه ليس إلى الورثة: أنَّه لا يدخل فيه الزوج والزوجة، ولو كان ذلك بحسب المواريث، كان الزوج والزوجة فيه كسائر الورثة.

فإن قالوا[٤]: سببهما ينقطع ولا يلحقهما اللعان.

---

(١) في (ب): وكذلك لو عفا عنه واحد منهم حقاً على في الحد. ونظر عليها.

(٢) في (ب): عن.

(٣) في (ب): والعلة تعلق.

(٤) في (أ): فإن قيل.

قيل له: فهذا الذي يدل على أنّه لا يجري مجرى المواريث، على أنا لو جعلناه للورثة، كان يجب أن يقسم بحسب المواريث، ولا خلاف أن الولد والوالد لهما حق المطالبة به، فوجب أن يكون ذلك مقصوراً على التعصيب، كالنكاح، بدلالة أنّه حق لا يدخله المال، والمقصد به دفع العار، وتحصين الفرج.

فإن قيل: هو لمن يقدح القذف في نسبه من الوالد والولد.

قيل له: وأي قدح يلحق نسب الرجل إذا قُذِفَ ابنه بالزنى، وكذلك إذا قُذِفَ أبوه، وذلك أن زنى الرجل لا يغير نسب أبيه، فبان أن اعتبار أصحاب أبي حنيفة بالقدح في النسب لا معنى له، وأن الأولى أن يجري مجرى ولاية الإنكاح.

مسألة: فيمن قال لجماعة: يا بني الزانية

قال: ولو أن رجلاً قال لجماعة: يا بني الزانية، وكانت أمهم واحدة، أقيم عليه الحد، وإن كانت أمهاتهم متفرقات، لم يلزمه الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(١).

وذلك أنها إذا كانت واحدة، كانت معينة، فوجب عليه لها الحد، كالقاذف لامرأة بعينها، وإن كن متفرقات، لم يكن قذف واحدة بعينها، ولا يصح أن يقال: إنّه يحد لأم كل واحد من الجماعة؛ لأنّه قذف واحدة، والواحدة لا تكون جماعة، فيكون ذلك قذفاً لا مقذوف له كمن يقول: يا زاني غير مخاطب به أحد، أو يقول: هو زان، غير مشير به إلى أحد، فوجب ألا يلزمه الحد.

مسألة: فيمن قال لرجل: يا بن الزواني

قال: ولو أنّه قال لرجل: يا بن الزواني، لزمه الحد لأم المقذوف، وجداته. وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(٢).

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٩. والمنتخب: ٤١٨.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٩، والمنتخب: ٤١٩.

يلزمه[١] الحد لأمه تطالب به إن كانت حية، أو وليها إن كانت ميتة، (وكذا الجدات تطالب بحدها من كانت منهن حية، ومن كانت منهن ميتة)[٢] يطالب عنها أولياؤها إن كان يمكن الحاكم أن يعرف حالها في الإحصان وشرائطه؛ لأنهن أجمع /١٢٦/ أمهاته، ألا ترى أنَّه تعالى قال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾(النساء:٢٣) دخلت الجدات في التحريم، كما دخلت الأمهات؛ ولأنهن قد ولدنه، فهن له أمهات.

فإن قيل: الأم في الحقيقة من ولدته، وتسمية الجدة في الأم على ضرب من التوسع، كما قلتم ذلك في الجد إن تسميته بالأب توسع.

قيل له: هذا وإن كان كذلك، فإنه إذا قال: يا بن الزواني، فقد علمنا أنَّه لم يقتصر بالقذف على من ولدته على الحقيقة، بل قصد بالقذف من ولدته حقيقة، أو مجازاً؛ لأن الولادة على التحقيق لا تكون إلاَّ من واحدة، فإذا صح قصده إليهن، وجب ما قلناه، ولا يجب أن يدخل فيه الأمهات من الرضاع؛ لأن إطلاق الأمهات لا يتناولهن، لا حقيقة، ولا مجازاً، وإنما يقال لها أم من الرضاعة، فأما من غير تقييد بالرضاع، فالاسم لا يتناولها (والله أعلم)[٣].

مسألة: في قذف ذمي أسلمت أمه

قال: ولو أن رجلاً قال لذمي أسلمت أمه: يا بن الزانية، لزمه الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٤].

وهذا ما لا خلاف فيه؛ لأن أمه هي المقذوفة، وهي مسلمة، فصح أن يتناولها اسم الإحصان، ولا معتبر بكون ابنها ذمياً.

---

(١) في (ب): لزمه.
(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٣) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٩.

مسألة: في قذف الرجل المرأة فتقول: زنيتُ بكَ

قال: وإذا قال الرجل للمرأة، أو قالت المرأة للرجل: يا زاني، فقال: زنيتُ بك، فلا حد على واحد منهما، وإنما ذلك إقرار منه على نفسه بالزنى، وليس فيه قذف لمن قذف[١]؛ لأنَّه نسب الزنى إلى نفسه، ويجوز أن يزني بها وهي نائمة، أو مكرهة، فلا يجري عليها حكم[٢] الزنى.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٣].

مسألة: في قذف الرجل للمرأة فتقول: زنيتَ بي

قال: ولو أن رجلاً قال لامرأة: يا زانية، فقالت: زنيتَ بي، لزم كل واحد منهما الحد لصاحبه.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٤].

وذلك أن كل واحد منهما قذف صاحبه بالزنى، فوجب أن يلزم كل واحد منهما لصاحبه الحد.

مسألة: إذا قذف أمها فقالت: زنت بك

قال: وإن قال لها: يا بنة الزانية، فقالت: زنت بك، لزم كل واحد منهما الحد لأم المشتومة.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٥].

وذلك أنهما جميعاً قاذفين لأم المرأة[٦]، فلزم كل واحد منهما، و لم يجب على المرأة

---

(١) سقط من (أ): لمن قذف.

(٢) في (ب): اسم.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢. والمنتخب: ٤١٩ - ٤٢٠.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢. والمنتخب: ٤٢٠.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢. والمنتخب: ٤٢٠.

(٦) في (ب): المشتومة.

للقاذف حد؛ لأنها لم تنسب الزنى إليه، وإنما نسبته إلى أمها بقولها زنت بك.

قال: فإن قالت مجيبة له: صدقت، لزمه الحد لأم المرأة، ولم يلزم المرأة. وهو منصوص عليه في الأحكام[١]. وذلك لأن الرجل قاذف، فعليه ما على القاذف، والمرأة قالت له: صدقت، ولم يتبين في ماذا صدق، فلم يلزمها شيء، فإن قالت: صدقت إنها زانية، لزمها أيضاً لأمها الحد[٢]، وذلك أنها أيضاً قد صارت قاذفة لأمها، فلزمها لها الحد.

قال: ولو قال لها يا بنت الزانيين، فقالت: إن كانا زانيين، فأبواك زانيان، لزم الرجل حدان لأبوي المرأة، ولم يلزم المرأة شيء. وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٣].

وذلك أنَّه قد صار قاذفاً لأبويها فلزمه لكل واحد منهما حدٌّ، ولم يلزم المرأة شيء؛ لأنها /١٢٧/ لم تقذف أبوي الرجل قذفاً مطلقاً، بل علقته بشرط لا يعلم حصوله، وهو كون أبويها زانيين، فلم يحصل القذف، فلذلك قلنا إنَّه لا حد عليها لأبوي الرجل.

مسألة: فيمن قذف بائع العبد أو شاريه

قال: ولو أن رجلاً قال لعبد: من اشتراك زانٍ، أو قال: أُمُّ من اشتراك زانية، أو أم من باعك زانية، لزمه الحد للمقذوف.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٤].

وذلك إذا كان العبد قد جرى عليه الشراء من المسلمين، فإن كان لم يجرِ عليه ذلك، بأن يكون صاحبه سباه، أو وهبه له مَن سباه، أو ورثه، فلا حد على أحد؛ لأنَّه قذفٌ لا مقذوف له، فأما إذا كان اشتراه جماعة من المسلمين (من جماعة من المسلمين)[٥]، فالأقرب أن يجب الحد لأقربهم شراءً وبيعاً؛ لأن «مَن» هاهنا هو بمعنى

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢.

(٢) في (أ): لأمها أيضاً.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢. والمنتخب: ٤٢٠.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢، والمنتخب: ٤٢٠.

(٥) سقط ما بين القوسين من (ب).

الذي، وليس بمعنى المجازاة الذي يكون للعموم، فلم يجز أن يُحدَّ إلاَّ لواحد، فكان الأولى هو الأخير؛ لأن شراءه هو القائم في الحال، وإذا ثبت ذلك في المشتري، ثبت في البائع؛ لأن الأخير هو البائع له، فإن قال[١]: من يشتريك زانٍ، أو: أُمٌّ من يشتريك، أو أم من يبيعك زانية، لم يلزم الحد؛ لأنَّه ليس هناك مقذوف يشار إليه، فقذفه قذف لا مقذوف له، وهو في الأحكام والمنتخب[٢].

مسألة: في قذف ابن أم الولد

قال: ولو أن رجلاً قال لابن أم ولد من غير سيدها: يا زاني، أو قال: يا بن الزانية، لم يلزمه الحد، وذلك لأهما جميعاً مملوكان ولا حد للمملوك.

قال: وإن قال له: يا زاني، يا بن الزانية، وأمه قد عتقت، لزمه لها الحد، ولم يلزمه لابنها، وذلك إذا كانت عتقت بإعتاق مولاها لها، ولم يكن عتقها بموته؛ لأنها[٣] إذا عتقت بموته، فيجب أن يعتق معها ابنها، وإذا كانت عتقت بإعتاق مولاها إياها، فهي حرة، فوجب لها على القاذف الحد، ولم يجب لابنها؛ لأنَّه مملوك بعد، فإن كان الابن عتق، لزمه أيضاً حد.

قال: وكذلك إذا قال لصبي هو ابن أم ولد من سيدها: يا بن الزانية، لزمه الحد؛ لأم الصبي إذا كانت الأم قد عتقت، فإن لم تكن قد عتقت، فلا حد لها، وذلك لما بيناه من أن الحد لا يجب إلاَّ للحر.

قال: فإن كان الصبي قد بلغ والأم قد عتقت، فقال له: يا زاني، يا بن الزانية، لزمه لكل واحد منهما حد؛ وذلك أهما حران بالغان فقذفهما قاذفٌ، فلزم لكل واحد منهما حدٌّ.

وجميعه منصوص عليه في الأحكام[٤].

---

(١) في (ب): فإذا قال.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٢. والمنتخب: ٤٢٠.

(٣) سقط من (أ): لأنها.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٣ - ٢٤٤.

مسألة: في قول الرجل يا زاني يا بن الزانيين

قال: ولو أن رجلاً قال لرجل: يا زاني، يا بن الزانيين، لزمه ثلاثة حدود؛ وذلك أنَّه قذف ثلاثة، فلزم لكل واحد منهم حد.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

مسألة: في قذف ابن الملاعنة

قال: ولو أن رجلاً قال لابن الملاعنة: لست ابن فلان - يعني الملاعن - لزمه الحد لأم الصبي.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٢).

وذلك أن قوله: لست ابن فلان الملاعن تحقيق أنها زنت، ولم يثبت عليها الزنى، فوجب أن يحد لها، إلاَّ أن يكون أراد لست ابنه حكماً، فيجب ألا يلزمه شيء؛ لأنَّه لم يقذفها بالزنى، والله أعلم.

مسألة: في قذف العبد زوجته

قال: وإذا قذف العبد زوجته وهي مملوكة، حُدَّ لها /١٢٨/ أربعين جلدة.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٣).

اعلم أن يحيى بن الحسين - عليه السلام - ذكر حكم العبد إذا قذف زوجته وهي حرة، وجب بينهما اللعان، وذكر حكمه إذا قذف زوجته وهي مملوكة، ونفى اللعان بينهما، ثُمَّ قال: ويحد لها أربعين جلدة، واحتمل أن يكون المراد به إذا قذف زوجته الحرة، ونكل عن اللعان؛ لأنَّه يحتمل أن يكون رجع به إلى أول الكلام؛ لأنَّه قد نص

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٤.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٧٠.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٩.

على أن الحر إذا قذف زوجته المملوكة، لم يلاعنها[١]؛ لأنَّه لو أكذب نفسه، لم يحد لها، فدل ذلك من مذهبه على أنَّه إذا لم يوجب اللعان، لم يوجب الحد، فكان الأولى ما قلنا، وعليه دل قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾(النور ٤؛ لأنَّه لا خلاف أن الحرية من شرط الإحصان، فلا يلزم الحد للمملوكة.

مسألة: في قول الرجل لامرأته لم أجدك عذراء

قال: ولو أن رجلاً قال لامرأته: لم أجدك عذراء، لم يلزمه في ذلك حدٌ، فإن ذكر لها في ذلك زنى، كان قاذفاً، وذلك أن العُذْرَة قد تذهب بالوثبة، والعلة، وغيرها، فلم يكن ذلك قذفاً، فإن صرح بذكر الزنى، لزمه[٢] حد القاذف.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

مسألة: فيمن ثنى القذف أثناء الحد

قال: ولو أن رجلاً قذف رجلاً، فضُرب بعض الحد، فثنى قذفه وهو في العقاب[٤]، لم يلزمه حد آخر، وإن قذف في تلك الحال غيره، لزمه حد آخر.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٥].

وذلك لما بينا من أنَّه إذا قذف رجلاً واحداً مراراً، لم يلزمه إلاَّ حد واحد؛ لأن ما يلزمه يسقط بعفو واحد؛ ولأن الله أوجب على من قذف حداً للمقذوف، ولم يشترط أن يكون القذف مرة، أو مرتين، فإذا ثبت ذلك، فإذا قذفه وهو بعد لم يستكمل الحد، فإنه[٦] قذف وهو بعدُ لم يحد[٧]، فإذا أكمل الحد، صار محدوداً

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٩.

(٢) سقط من (ب): لزمه.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٧٠.

(٤) في (ب): العقابين. وهي التي يجلد فيها المحدود.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/٢٤٠ - ٢٤١. والمنتخب: ٤١٩.

(٦) في (ب): فكأنه.

(٧) في (ب): وهو لم يعد يحد. وظنن على ما أثبتنا.

(فسقط حكم جميع ما تقدمه من القذف، فإن قذف غيره، لزمه له الحد)[1]؛ لما بينا أنَّه لو قذف رجلين، أو ثلاثة، لزمه لكل واحد منهم حد، فلا فصل بين أن يقذف غيره في حال الجلد، أو قبله، أو بعده.

مسألة: في مطالبة الابن والعبد بحد أميهما

قال: ولو أن رجلاً قال لعبده: يا بن الزانية، وأم العبد كانت قد ماتت وهي حرة، كان الأمر في ذلك إلى الإمام، ولم يكن للعبد أن يطالب مولاه بحدها، وذلك أن مولاه يملك جميع تصرفه، فلا يصح له أن يطالبه بحد أمه. وهو منصوص عليه في المنتخب[2].

فإن قيل: أليس له أن يطالبه بنفقته وكسوته؟

قيل له: إنَّما ينتهي أمره إلى الحاكم[3]، والحاكم هو الذي يلزمه ذلك، وله أيضاً أن ينهي حال قذفه إلى الإمام، ليطالب به الإمام، يكشف ما قلناه أن الإمام لو رأى أن يؤاجره، وينفق عليه من كسبه، كان ذلك له، وأيضاً قد بينا أن المطالبة بالحد تكون إلى الولي الذي يكون إليه ولاية النكاح، والعبد ليس له ولاية في عقد النكاح، فيجب ألاَّ يكون له ولاية[4] طلب الحد، فأما الإمام، فهو ولي من لا ولي له، فلذلك قلنا إن ذلك إلى الإمام، كما قلنا في باب النكاح، ألا ترى أن أمه لو أرادت أن تتزوج، كان وليها الإمام، وعلى هذا يجيء أن يكون من يُقتل ولا ولي له أن دمه يكون إلى الإمام.

قال: ولو قال لابنه: يا بن الزانية، وقد ماتت الأم، كان /١٢٩/ الأمر فيه إلى الإمام إذا لم يكن لها ولي غير الابن، وهو منصوص عليه في المنتخب[5].

وذلك أن الابن ممنوعٌ من إدخال الضرر على أبيه؛ لقول الله – عز وجل –: ﴿فلا

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) انظر: المنتخب: ٤٢١.

(٣) في (أ): ينتهي إلى الحاكم حاله.

(٤) في (أ): تكون إلى الوالي الذي يلي ولاية.

(٥) انظر: المنتخب: ٤٢٢.

تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ﴾(الإسراء ٢٣)، ولأنه لما وجد من يطالب عنها وهو ولي سواه، أو الإمام، لم تترك مطالبته، وليس كمطالبته إياه بحد قذفه إن قذفه[1]؛ لأنَّه لو لم يطالب، لضاع حقه، وليس كذلك حق أمه.

(١) سقط إن قذفه من (ب).

باب القول في حد شارب المسكر

مسألة: في مقدار حد السُكْر

وحد شارب[١] الخمر والمسكر مثل حد القاذف.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٢].

وقول أبي حنيفة وأصحابه مثل قولنا أن حده ثمانون جلدة، وقال قوم: أربعون، وقال قوم: فيه التعزير بدون الحد.

والأصل فيه: ما رواه ابن لهيعة، يرفعه إلى محمد بن علي بن أبي طالب - عليهما السلام - عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه جلد رجلاً في الخمر ثمانين[٣]، وأيضاً عن عبد الله بن عمر أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال فيمن شرب الخمر: «اجلدوه ثمانين»[٤]. وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ضرب في الخمر بنعلين أربعين أربعين، فجعل عمر لكل نعل سوطاً[٥]، وذلك يكون ثمانين.

فإن قيل: روي عن علي أنَّه قال: جلد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الخمر أربعين، وأبو بكر أربعين، وكمَّل عمر ثمانين، وكلٌ سنة[٦].

قيل له: يحتمل أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ضرب شارباً أربعين

---

(١) في (أ): الشارب.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٤.

(٣) أخرجه الطحاوي ١٥٥/٣ والطبراني في الأوسط ١١٣/١.

(٤) ذكره الهيثمي في المجمع ٢٧٩/٦ وعزاه إلى الطبراني ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٥٨/٣ عن عبد الله بن عمرو، ولفظهما : من شرب بسقة خمر فاجلدوه ثمانين.

(٥) أخرجه الطحاوي ١٥٧/٣ عن أبي سعيد بهذا اللفظ ، وأخرجه عنه أيضا ابن أبي شيبة ٥/ ٥٠٣، وأحمد ٦٧/٣ بلفظ : بنعلين أربعين.

(٦) أخرجه مسلم ١٣٣١/٣ وأبو عوانة ١٥١/٤ والدارمي ٢٣٠/٢ وأبو داود ١٦٣/٤ والنسائي ٢٤٨/٣ وابن ماجه ٨٥٨/٢ وابن أبي شيبة ٥٠٣/٥ والبيهقي ٣١٦/٨ والدارقطني ٢٠٦/٣ وأبو يعلى ٣٨٩/١.

سوطاً له رأسان، فيكون ذلك ثمانين، وقوله كملها عمر ثمانين يجوز أن يكون لفظ راوي الحديث عن علي، دون لفظ علي - عليه السلام -.

فإن قيل: فقد روي عن علي - عليه السلام - أنَّه قال: ما حددت أحداً فوجدت في نفسي منه شيئاً إلاَّ الخمر، فإن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يبين لنا فيها شيئاً[١]،وروي: فإنه شيء صنعناه[٢]، وروي: رأي رأيناه[٣].

قيل له: يحتمل أن يكون - عليه السلام - أراد أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يبين لنا شيئاً في سقوط الضمان، فإن إسقاط[٤] الضمان رأي رأيناه، وشيء صنعناه؛ إذ من الجائز أن يكون - عليه السلام - حفظ[٥] عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - سقوط الضمان لمن مات في حد الزنى، وحد القذف، و لم يحفظ ذلك في حد الخمر؛ لأن حد الخمر قد روي، فَلأَنْ يُحمل قوله لم يبين لنا شيئا على ما لم يرو أولى من أن نحمله على ما روي عنه فيه النص.

ويدل على صحة تأويلنا أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ضرب فيها أربعين، أنه كان[٦] بسوط له طرفان: ما روى عمرو بن دينار، عن محمد بن علي، عن علي، أنَّه ضرب الوليد بن عقبة أربعين سوطاً بسوط له طرفان، وذلك حين كان شرب الوليد بالكوفة، وصلى بالناس سكران، وقال أزيدكم[٧]؟

فإن قيل: فقد روي أنَّه حين جلده أربعين قال: إن رسول الله - صلى الله عليه

---

(١) أخرجه البخاري ٢٤٨٨/٦ ومسلم ١٣٣٢/٢ وأبو عوانة ١٥١/٤ والنسائي ٢٤٩/٣ وابن أبي شيبة ٤٢٧/٥ بلفظ : ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته وذلك أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يسنه.

(٢) أخرجه الطحاوي ١٥٣/٣.

(٣) أخرجه البيهقي ١٢٣/٦ بلفظ شيء رأيناه.

(٤) في (ب): سقوط.

(٥) في (أ): أراد حفظ.

(٦) سقط أنه كان من (ب).

(٧) أخرجه البيهقي ٣٢١/٨ وعبد الرزاق ٣٧٨/٧ والطحاوي ١٥٤/٣ وأبو يعلى ١/ ٤٤٨ بدون زيادة وصلى بالناس سكران وقال أزيدكم فقد رويت بإسناد آخر.

وآله وسلم - جلد أربعين وجلد عمر ثمانين، وكلٌّ /١٣٠/ سُنة[١].

قيل له: يحتمل أن يكون - عليه السلام - ضرب أربعين بسوط له رأسان، وضرب ثمانين بسوط له رأس واحد أيضاً سنة.

فإن قيل: روي أن يوم حنين أُتِيَ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - برجل قد شرب الخمر، فقال للناس: «اضربوه» فمنهم من ضربه بالنعال، ومنهم من ضربه بالعصي، ومنهم من ضربه بالحديد، ثُمَّ أخذ رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - تراباً من الأرض، فرمى به في وجهه[٢].

قيل له: يحتمل أن يكون بلغ غاية ضرب الجميع ثمانين، فلا يكون فيه خلاف لسائر ما روي عنه، ويحتمل أن يكون ذلك قبل نـــزول حده، وعلى هذا يحمل ما روي أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - أتي بشارب فقال: «اضربوه» فمنهم من ضربه بثوبه، وبيده، ومنهم من ضربه بنعليه[٣]، ويدل على ذلك أيضاً أن عمر حين استشار أصحاب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فأشار علي، وعبد الرحمن بن عوف، بحد المفتري[٤]، وروي أن عمر حين استشار، كان في الجماعة علي، وطلحة، والزبير، وعبد الرحمن بن عوف، وكانوا في المسجد[٥]، فجرى ذلك منهم على سبيل الإجماع.

---

(١) تقدم تخريجه، وهو ضمن حادثة الوليد، ولفظ القصة عند مسلم عن حضين بن المنذر أبو ساسان قال: شهدت عثمان بن عفان وقد أتي بالوليد قد صلى الصبح ركعتين ثم قال أزيدكم، فشهد عليه رجلان - أحدهما حمران - أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقيأ، فقال عثمان: إنه لم يتقيأ حتى شربها، فقال: يا علي قم فاجلده، فقال علي: يا حسن قم فاجلده، فقال الحسن: ولِّ حارها من تولى قارها، فكأنه وجد عليه، فقال: يا عبد الله بن جعفر، قم فاجلده، فجلده وعلي يعد حتى بلغ أربعين، فقال: أمسك، ثم قال: جلد النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ... الحديث.

(٢) أخرجه البيهقي ٣١٩/٨ والطحاوي ١٥٥/٣ عن عبد الرحمن بن أزهر.

(٣) أخرجه البخاري ٢٤٨٨/٦ وأبو داود ١٦٢/٤ والنسائي ٢٥٢/٣ عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه البخاري ١٣٣٠/٣ وابن حبان ٣٠٠/١٠ وأبو عوانة ١٥٠/٤ والنسائي ٢٤٩/٣ والدارمي ٢٣٠/٢ عن أنس إلا أن فيها أن المشير هو عبد الرحمن بن عوف وأخرجه عبد الرزاق ٣٧٨/٧ ومالك ٨٤٢/٢ والمشير علي.

(٥) أخرجه الحاكم ٤١٧/٤ والبيهقي ٣٢٠/٨ والدارقطني ١٥٧/٣ وأبو داود ١٦٦/٤ عن عبد الرحمن بن أزهر.

فإن قيل: لو كان ما ذكرتموه مبيناً[١] عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يحتج عمر إلى الاستشارة.

قيل له: يجوز[٢] أن يكون عمر لم يعرفه[٣]، أو لا يكون ظهر عنده ظهوراً تاماً، ولا عند أكثر الصحابة، فأعملوا الرأي، فأدَّاهم ذلك إلى موافقة ما حفظ عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فأجمعوا عليه، فتأكد النقل بما يضاف إليه من إجماع الصحابة، ويؤكد ما ذهبنا إليه ما روي عن أنس أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أُتي برجل شرب الخمر، فأمر به، فضرب بحذائين نحواً من أربعين[٤]، فدل ذلك أيضاً على ثمانين.

ويدل على ذلك ما رواه عطاء بن مروان، عن أبيه، أن علياً أُتي بالنجاشي قد شرب الخمر في رمضان، فضربه ثمانين، ثُمَّ أمر به إلى السجن، ثُمَّ أخرجه من الغد فضربه عشرين، ثم قال له: إنَّما جلدتك هذه العشرين لإفطارك في شهر رمضان، وجرأتك على الله - عز وجل -.

ويقال فيه: إنَّه حَدٌّ مُقدَّر على الْحُرِّ، فوجب ألا يقدر بأقل من ثمانين قياساً على سائر الحدود، ويقال: لا يجب أن يقتصر به على أربعين، وأيضاً وجدنا الأربعين حداً للعبيد، فوجب ألا يكون ذلك حد الحر، دليله الخمسون.

وسوينا بين حد الخمر والمسكر؛ لأنَّه لا يفرق أحد بين حديهما؛ ولأن المسكر عندنا حرام كالخمر؛ ولأن اسم الخمر يتناوله عندنا؛ لأنَّه أيضاً يخامر العقل، وروي عن بعض الصحابة أنَّه قال: لا أشرب نبيذ الخمر[٥] بعد أن أُتي رسول الله صلى الله عليه وآله و/١٣١/ سلم بسكران، فقال: يا رسول الله، ما شربت الخمر، إنَّما شربت

---

(١) في (أ): مبنياً.
(٢) في (ب): يحتمل.
(٣) في (أ): يرفعه.
(٤) تقدم وهو ما ذكرناه عن أنس في حيث استشارة عمر، إلا أن أكثر الروايات تقول بجريدتين.
(٥) في (ب): التمر.

نبيذ التمر والزبيب في وعاء، فأمر به النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فبهز بالأيدي، وخصف بالنعال[١].

مسألة: في حكم قليل الخمر والمسكر

قال: وسواء شرب منه قليلاً، أو كثيراً.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٢].

أما قليل الخمر، فلا خلاف فيه، وأما قليل المسكر، فهو عندنا مثل قليل الخمر؛ إذ قد دل الدليل على تحريم المسكر على ما نبينه في كتاب الأشربة، على أن كل من قال بتحريم قليل ما أسكر[٣] كثيره، أوجب فيه الحد، وقد صح ذلك، وثبت، فوجب أن يحد في قليله كما يحد في كثيره[٤]، وذكر يحيى أنَّه بلغه أن علياً - عليه السلام - كان يجلد في قليل ما أسكر كثيره كما يجلد في الكثير، وذكر عنه أنَّه كان يقول: لا أَجد أحداً يشرب الخمر والنبيذ والمسكر إلاَّ جلدته الحد[٥].

فصل: في الحد بشم رائحة الخمر

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام - في الأحكام[٦]: ويحد إذا شمت رائحتها من نكهته، وحكي ذلك عن مالك، وعند أبي حنيفة والشافعي لا يحد، وكذلك إن كان قاء خمراً، لم يحد عند أبي حنيفة.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنها لا تحصل الرائحة في نكهته إلاَّ من شربها، فجرى ذلك مجرى المعاينة لشربها.

---

(١) أخرجه الحاكم ٤١٦/٤ والبيهقي ٣١٧/٨ وأبو يعلى ٤٨٧/٢ والنسائي ٢٥٤/٣ وأحمد ٣٤/٣ عن أبي سعيد الخدري.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٤.

(٣) في (أ): قليل المسكر.

(٤) في (ب): كثير الخمر. ونبه على: كثيره.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٦، وأكمل فيه الحد ثمانين.

(٦) انظر: الأحكام ٢٦٥/٢.

فإن قيل: في بعض الفواكه والأشربة المحللة ما يكون رائحتها مثل رائحة الخمر.

قيل له: لا يمتنع أن يتحامل ذلك، ومتى[١] كان ذلك كذلك، لم يحد، وإنما[٢] يحد إذا حصل اليقين بأنه رائحة الخمر، ويدل على صحة ذلك أنا نعلم بالرائحة أن العين خمراً، فنأمر بإراقتها، فبان أن الرائحة تفصل بينها وبين غيرها، كذلك يُفصل بالرائحة بين شاربها وشارب غيرها.

ويدل على ذلك: ما روي أن عثمان أُتي بالوليد بن عقبة وقد صلى بأهل الكوفة أربعاً، قال: أزيدكم؟ فشهد رجل أنَّه رآه يشربها، وشهد آخر أنَّه رآه يقيئها[٣]، قال عثمان: إنه لم يقئها حتى شربها، فقال عثمان لعلي: أقم عليه الحد، فقال علي لابنه الحسن: أقم عليه الحد، فقال الحسن ولِ حارها من تولى قارها، فقال علي لعبد الله بن جعفر: أقم عليه الحد، فأخذ السوط، فجلده، فقول عثمان لم يقئها حتى شربها، يدل على أنه أجرى ما لا يكون إلاَّ مع الشرب مجرى الشرب، وذلك بمحضر من علي والحسن - عليهما السلام - وغيرهما، فلم يُنكَر عليه، وجرى مجرى الإجماع، فثبت ما قلناه من أن اشتمام الرائحة منه يجري مجرى المعاينة لشربها؛ لأن الرائحة لا تكون إلاَّ مع الشرب، كما أن القيء لا يكون إلاَّ من الشرب، لذلك أقام معاينة القيء مقام معاينة الشرب.

فإن قيل: يحتمل أن يكون شرب غلطاً، أو /١٣٢/ مكرهاً.

قيل له: ذلك له حجة يدلي بها، إن ذكرها، سُمعت منه، كما أن المرأة إذا ادعت الإكراه في الزنى، سُمع ذلك منها، ودرئ الحد، وعلى هذا يجب أن يحد من وُجد سكران، وروي أيضاً أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما استراب بماعز أمر أن يُستنكه[٤]، فأكد ذلك ما ذهبنا إليه، وروي أن أبا بكر أُتي بسكران، فأمر به،

---

(١) في (ب): وإذا.

(٢) في (ب): لم يوجب الحد وإنما.

(٣) في (ب): يتقيؤها.

(٤) في النسخ : يستنهك.

فضرب، وأتى عمر بسكران، فأمر به فضرب، و لم ينكره أحد من الصحابة، فدل هذا على ما ذهبنا إليه، وذكر الجصاص في شرحه حديث عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول: «إذا سكر أحدكم، فاضربوه، فإن عاد، فاضربوه، ثُمَّ إن عاد، فاضربوه، ثُمَّ إن عاد الرابعة، فاقتلوه»[١]. وذكر عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «إذا سكر أحدكم، فاجلدوه (ثُمَّ إن سكر، فاجلدوه)[٢] إلى أن قال الرابعة فاضربوا عنقه»[٣]. فدل ذلك كله على أن السكران إذا وجد كذلك، أقيم عليه الحد؛ للعلم بأن السكر لا يكون إلاَّ عن الشرب، وكذلك الرائحة، والقيء.

فصل: الاختلاف في ماهية السُكْر

اختلفوا في السكر[٤]، قال أبو حنيفة: السكر هو الذي لا يعقل صاحبه السماء من الأرض، والرجل من المرأة، قال أبو يوسف، ومحمد: إذا كان أكثر كلامه الاختلاط، فهو سكر[٥]، وقال القاسم - عليه السلام - في السكران: يجوز بيعه وشراؤه، فدل قوله ذلك على أن قوله في السكران مثل قول أبي حنيفة[٦].

ووجهه: ما روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أُتي بسكران، فقال يا رسول الله، ما شربت الخمر، وإنما شربت نبيذ التمر والزبيب، فأمر به النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فبهز بالأيدي، وخصف بالنعال، فدل ذلك على أن السكر يكون سكراً، وإن كان لا يبلغ إلى حيث لا يعرف السماء من الأرض، والناس أيضاً

---

(١) أخرجه عنه بهذا اللفظ: الطبراني في الكبير ٣١٧/٧ وأخرجه الحاكم ٤١٤/٤ وأبو داود ١٦٥/٤ والنسائي ٢٦٢/٣ وأحمد ٣٨٨/٤ بلفظ فاجلدوه.

(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٣) أخرجه ابن حبان ٢٩٧/١٣ والدارمي ١٥٦/٢ والبيهقي ٣١٣/١ والنسائي ٢٢٧/٣ وابن ماجه ٨٥٩/٢.

(٤) في (أ): السكران.

(٥) في (ب): السكر.

(٦) في (ب): أبي يوسف.

لا يمتنعون من تسمية من يتغير كلامه وحاله للشرب بالسكران، عرفاً، ولغة، فوجب أن يكون السكران ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: كل اسم جاء على فعلان لا يكاد يسمى به إلاَّ إذا غلبت الصفة، أو تنقلت[١]، كما لا يقال[٢] في الإناء إنَّه ملآن حتى يمتلئ بما فيه، فكذلك السكران.

قيل له: هذا منتقض[٣] بالعطشان والغرثان، فقد يقال إن الرجل عطشان وغرثان، وإن لم يتناه في العطش والجوع، فكذلك السكران.

فصل: في مد اليدين أثناء الجلد

قال يحيى في الأحكام[٤]: يمد يديه في الجلد، قال أبو حنيفة: لا يمد.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن هذا كيفية في الحد، فيجب أن يكون موكولاً إلى رأي الإمام؛ ولأن مدَّ يديه أصلحُ له؛ لأنَّه لا يؤمن إن حرك يده من أن يقع الضرب بها فتكسر أصابعه، ولا يؤمن[٥] أن يتناول السوط بيده، فلا يصل إليه /١٣٣/ الحد.

---

(١) لعله أو نقلت.
(٢) في (أ): كما يقال.
(٣) في (أ): ينتقض.
(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٧.
(٥) في (ب): يأمن.

باب القول في حد السارق

مسألة: فيما يجب فيه القطع

أي بالغ عاقل سرق عشرة دراهم، أو ما تكون قيمته عشرة دراهم، وأخرجه من الحرز، وجب عليه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

قال الشافعي: يقطع في ربع دينار، ولا يقطع في أقل منه، وعن قوم في ثلاثة دراهم، وعن أحمد بن عيسى في ربع دينار، وحكي عن قوم القطع فيما قل، أو كثر[٢].

أما القول بإيجاب القطع في القليل والكثير، فهو محكي عن الحسن البصري، والخلاف فيه منقرض[٣] لا يُعرف به قائل، والذي يحج القائل به، والشافعيَ، ما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا قطع فيما دون عشرة دراهم»[٤]. وقد كثرت الأخبار في ذكر قيمة المِجَنّ:

فمنها ما روي عن عامر بن سعد، عن أبيه، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تقطع يد السارق إلاَّ في ثمن[٥] المجنّ» [٦].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) في (أ): وكثر.

(٣) في (أ): منقوض.

(٤) أخرجه أحمد ٢/٢٠٤.

(٥) في (ب): قيمة.

(٦) أخرجه ابن ماجه ٢/٨٦٢ والطحاوي ٣/١٦٣ وأبو يعلى ٢/١٢٦ وأحمد ١/١٦٩.

(وروي عن عمر[1]، عن عائشة، أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «لا تقطع يد السارق إلاَّ فيما يبلغ به المجن)[2] فما فوقه».

وعن عطاء، عن أيمن الحبشي، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم-: «أدنى ما يقطع فيه السارق ثمن مجن»[3].

وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «لا تقطع يد السارق في دون ثمن مجن»[4].

وكل ذلك يبين أنَّه لا بد فيه من المقدار، ويُسقِطُ قول من أوجب القطع في القليل والكثير.

فأما ما يدل على أنَّه لا يقطع فيما دون عشرة دراهم، فحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وحديث زفر، عن عبد الله، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –[5]. وحديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام –[6].

ويدل على ذلك أنهم اختلفوا في قيمة المجن، فمنهم من قال: قيمته ثلاثة دراهم، وهو قول ابن عمر، قال: قطع رسول الله صلى الله عليه وآله في مجن قيمته ثلاثة دراهم[7]، وبه احتج من قال: يقطع في ثلاثة دراهم، وهذا لا دليل فيه؛ لأنَّه تقويم ابن

---

(١) كذا والصواب عن عمرة، وهي عمرة بنت عبد الرحمن، والحديث أخرجه البيهقي ٢٥٦/٨ والطبراني في الاوسط ١٦٠/١وكذا أخرجه البخاري ٢٤٩٢/٦ ومسلم ١٣١٣/٣ بدون فما فوقه.

(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٣) أخرجه الطحاوي ١٦٣/٣ والطبراني في الكبير ٢٨٩/١.

(٤) أخرج نحوه عنه ابن أبي شيبة ٤٧٥/٥ والطحاوي ١٦٣/٣ والبيهقي ٢٦٦/٨.

(٥) لم أجده بهذا السند، ووجدته في مسند أبي حنيفة ٢١٥/١ وسنن الترمذي ٥٠/٤ وسنن الدارقطني ١٩٣/٣ ومصنف عبد الرزاق ٢٣٣/١٠ عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود.

(٦) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق.

(٧) أخرجه البخاري ٢٤٩٣/٦ ومسلم ١٣١٣/٣ وابن حبان ٣١٢/١٠ وأبو عوانة ١١٥/٤ والترمذي ٥٠/٤ والدارمي ٢٢٧/٢.

عمر، وقد خولف فيه، و لم يسنده إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وروي عن ابن عباس، قال: كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عشرة دراهم[1]، وروي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مثله[2]، وعن أيمن الحبشي، قال: كان يُقوّم المجن يومئذ ديناراً[3]، وروى محمد بن منصور بإسناده، عن الحكم، عن أبي جعفر، قال: قيمة المجن الذي يقطع فيه دينار[4]. وعن أم أيمن قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لا تقطع يد السارق إلاَّ في جحفة، وقُومت /١٣٤/ يومئذ على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ديناراً، أو عشرة دراهم[5]، وذكر الجصاص أنَّه روى عن أنس[6]، وعروة، والزهري[7]، أن قيمته خمسة دراهم، وعن عائشة أن قيمة المجن ربع دينار[8]، فلما ثبت أنهم اختلفوا في ثمن المجن، كان ذلك لاختلاف أحوال المجان؛ إذ فيها الأعلى، والأوسط، والأدنى، ولاختلاف اجتهادهم، فكان تقويمه بالعشرة أولى[9]؛ لأن تعلق القطع به على اليقين، على أنَّه قد ثبت بما أجمعوا عليه أن القطع لا يكون إلاَّ في مقدار من المال، والتقدير له أحد الطريقين: إما الإجماع، وإما النص، ما وُجدا، ووجدنا النص قد اختلف فيه؛ لأنَّه روي عن عائشة بألفاظ مختلفة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن السارق يقطع في ربع دينار، على أن ما روي عنها يحتمل أن يكون قالت بتقويمها، وعرفت أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أوجب القطع في المجن، وَقوّمتْ هي المجن؛ لأن كثيراً من الأخبار جاءت موقوفة عليها غير مرفوعة إلى

---

(١) أخرجه الحاكم ٤٢٠/٤ والبيهقي ٢٥٧/٨ والدارقطني ١٩١/٣ وابن أبي شيبة ٤٧٦/٥ والنسائي ٣٤٢/٤.

(٢) في (ب): نحوه، والحديث أخرجه النسائي ٣٤٣/٤ والبيهقي ٢٥٩/٨ والدارقطني ١٩٠/٣.

(٣) أخرجه البيهقي ٢٥٧/٨ والدارقطني ١٩٢/٣ والنسائي ٣٤١/٤.

(٤) الأمالي ٢١٣/٤.

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير ٨٨/٢٥ والطحاوي ١٦٣/٣.

(٦) أخرجه البيهقي ٢٦٠/٨ والدارقطني ١٩٠/٣ والنسائي ٣٣٦/٤وابن أبي شيبة ٤٧٦/٥.

(٧) رواه عنهما ابن أبي شيبة ٤٧٦/٥.

(٨) أخرجه البيهقي ٢٥٦/٨ والدارقطني ١٨٩/٣ والنسائي ٣٣٩/٤.

(٩) في (أ): تقويمه بعشرة دراهم.

النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وروي أن يحيى بن سعيد كان يرفع حتى قال له عبد الرحمن بن القاسم إنها لم تكن ترفعه، فترك يحيى الرفع بعد ذلك، على أنَّه إن صح ذلك، فأكثر ما فيه يعارض ما رويناه من النص عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وهو حديث عمرو، وحديث ابن مسعود، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- فيعدل عنه إلى الاتفاق، وهو القطع في عشرة، ويؤكد به ما رويناه من النص، على أن دون العشرة قد حصل فيه الاشتباه، فوجب ألا نقيم به الحد؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».

فإن قيل: فظاهر قوله تعالى[1]: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة:٣٨) يوجب القطع في القليل والكثير[2]، فيخص منه ما ثبت تخصيصه، ويجري الباقي على عمومه.

قيل له: قد أجمع الجميع، وتظاهرت الآثار على أن القطع لا بد فيه من التقدير، فصارت الأخبار مع الإجماع كالنص إلى الآية، فكأنه قال - عز وجل -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ في المقدار الذي يدل الشرع عليه، فوجب أن يطلب المقدار من غير الآية، على أن في العلماء من قال فيها إنَّها مجملة لا يصح التعلق بظاهرها، وإن كان في ذلك عندنا نظرٌ؛ لأنها يحتج بعمومها على إيجاب القطع على سائر الأحوال، وإنما قلنا إنَّه لا يصح معرفة التقدير منها.

فإن قيل: فأنتم قلتم في الصاع بأقل ما قيل فيه، فهلا قلتم فيما يوجب القطع بذلك؟.

قيل[3] له: لأن الناس قد أجمعوا على أن إخراج الأقل واجبٌ، واختلفوا فيما وراء ذلك، فأخذنا /١٣٥/ بالإجماع، وهذه المسألة بالعكس من تلك؛ لأنهم أجمعوا على وجوب القطع في عشرة، واختلفوا فيما دون ذلك، فأخذنا بما اتفقوا عليه في هذه

---

(١) في (ب): عز وجل.
(٢) سقط من (ب): والكثير.
(٣) في (ب): قلنا.

المسألة كما أخذنا في تلك، فاستوى الأمران، ومما يؤكد ما ذكرناه من أن عائشة لم تكن ترفع القطع في ربع دينار[١]، ما رواه الزهري، عن عروة، عن عائشة، أن يد السارق لم تكن تقطع في عهد رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – في أدنى من ثمن المجن، وكان المجن له يومئذ ثمن[٢]، ولم يقطع في الشيء التافه[٣]، فهذا يدل على أنها لم تحفظ فيه نصاً.

فأما ما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: «لعن الله السارق يسرق الحبل فيُقطع فيه، ويسرق[٤]البيضة، فيقطع فيها» [٥]، فالمراد بالبيضة بيضة الحديد، وهي بيضة المغفر، وقد تساوي عشرة دراهم، وأكثر، وروي عن علي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قطع في بيضة من حديد قيمتها أحد وعشرون درهماً[٦]، وأما الحبل ففيه ما يساوي عشرة، وعشرين، وثلاثين، وأكثر، وأقل، ولعل المراد بذلك أنَّه يسرق كل ما يجد حتى يقطع.

واشترطنا[٧] أن يكون السارق بالغاً عاقلاً؛ لأن القطع عقوبة؛ لقوله: ﴿نَكَالاً مِنَ اللهِ﴾(المائدة ٣٨)، والعقوبة لا يستحقها إلاَّ البالغ العاقل، وهذا مما لا خلاف فيه، وما روي عن علي – عليه السلام – أنَّه كان يقرض أنامل الصبي إذا سرق، فلسنا نصححه عنه، وقد قال – صلى الله عليه وآله وسلم –: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى ينتبه».

وأما الحرز، فلا بد من اعتباره عند العلماء من أهل البيت – عليهم السلام –

---

(١) في (أ): القطع في عهد رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – في ربع دينار.

(٢) أخرجه البخاري ٢٤٩٢/٦ ومسلم ١٣١٣/٣ وأبو عوانة ١١٤/٤.

(٣) أخرجه أبو عوانة ١١٤/٤ والبيهقي ٢٥٥/٨ وابن أبي شيبة ٤٧٧/٥.

(٤) سقط من (أ): يسرق.

(٥) أخرجه البخاري ٢٤٨٩/٦ ومسلم ١٣١٤/٣ وابن حبان ٥٨/١٣ وأبو عوانة ١١٦/٤ والنسائي ٣٢٧/٤ عن أبي هريرة.

(٦) أخرجه الحاكم ٤٢٠/٤ والدارقطني ١٩٥/٣ إلا أن في رواية الحاكم أن قيمتها عشرون درهما.

(٧) في (أ): واشترط.

وغيرهم، وحكي عن قوم ترك اعتباره.

والأصل فيه: ما روى أبو[١] الزبير، عن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «ليس على الخائن، ولا على المختلس، ولا المنتهب قطع»[٢].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه قال: «لا قطع على خائن، ولا مختلس»[٣]. فقوله: لا قطع على الخائن يدل على نفي القطع على كل ما ائتمن الإنسان فيه، كالرجل يأتمن غيره على دخول منـــزله، ولم يحرز منه، لم يلزمه القطع إذا سرق من ماله، وكمن يؤمن على الودائع، والبضائع، والعواري، وأموال المضاربة إذا جحدها، وخان فيها، لم يلزمه القطع؛ لعموم اللفظ، وكذلك من طر، أو اغتصب مجاهرة، أو مخالسة، فلا قطع عليه لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ولا على مختلس، ولا على منتهب»[٤]، وأما ما روي عن عائشة أن امرأة كانت تستعير الحلي، فلا ترده، فأمر بها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقطعت[٥] يدها[٦]، فحكى عن قوم أنهم تعلقوا بهذا الخبر، وأوجبوا القطع على من جحد العارية، ولا حجة لهم في ذلك؛ لأنَّه يحتمل أن يكون - صلى الله عليه وآله وسلم - قطعها لأنها /١٣٦/ سرقت مع ذلك، وإن ذكر استعارة الحلي لتعريفها، فلعلها كانت مشهورة بذلك، ويحتمل أن يكون ذلك[٧] منسوخاً بقوله: «ليس على الخائن قطع».وأن ذلك كان قبل وجوب مراعاة الحرز؛ لأن آية القطع لم تتضمن ذكر الحرز، فيجوز أن يكون ذلك متأخراً عنها. وقد روي ما يؤكد ذلك عن

---

(١) سقط من (أ): أبو.

(٢) أخرجه ابن حبان ٣١١/١٠ والترمذي ٥٢/٤ والدارمي ٢٢٩/٢ وأبو داود ١٣٨/٤ والنسائي ٣٤٧ وابن ماجه ٨٦٤/٢.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق.

(٤) في (ب): ولا منتهب.

(٥) في (ب): فقطع.

(٦) أخرجه مسلم ١٣١٦/٣ وأبو عوانة ١٨٨/٤ والبيهقي ٢٨١/٨ وأبو داود ١٣٩/٤ والنسائي ٣٣٢/٤ إلا أنه فيها : كانت تستعير المتاع.

(٧) سقط من (ب): ذلك.

عائشة أنها قالت: إن قريشاً أهمهم[1] شأن المخزومية التي سرقت إلى أن روت أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قطعها، وأيضاً روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لما سئل عن التمر المعلق، قال: «لا قطع فيه إلاَّ ما أواه الجرين، وبلغ ثمن المجن، ففيه القطع، وما لم يبلغ ثمن المجن، ففيه غرامة، وجلدات نكال»[2].

مسألة: فيما يثبت به حد السرقة

قال: وإذا ثبت عند الإمام بإقراره على نفسه مرتين[3] أو بشهادة شاهدين، أقيم عليه الحد.

وهو منصوص عليه في الأحكام[4].

أما إذا ثبت بالشهادة، فلا خلاف أنَّه لا يثبت إلاَّ بشهادة شاهدين، وأما الإقرار، فقد اختلف فيه، قال أبو حنيفة، ومحمد: يقطع إذا أقر مرة واحدة، وقال أبو يوسف مثل قولنا: لا يقطع حتى يقر مرتين، وحكاه أبو الحسن عن ابن أبي ليلى، وحكي عن أبي يوسف الرجوع إلى قول أبي حنيفة.

والأصل فيه: ما روي عن أبي[5] أمية المخزومي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أُتِي بلص اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه المتاع، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ما أخالك سرقت».قال: بلى يا رسول الله، فأعادها عليه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - مرتين، أو ثلاثاً، فأمر به، فقُطع، فثبت بهذا الحديث أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقطع بإقراره مرة واحدة حتى أتى بها ثانية.

وروى الطحاوي أيضاً بإسناده، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عـــن علي

---

(١) في (ب): همهم.

(٢) أخرجه البيهقي ٢٦٦/٨ والدارقطني ٢٣٦/٤ والطحاوي ١٤٦/٣.

(٣) سقط من (ب): مرتين.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥٢.

(٥) في (ب): ابن. وظنن على: أبي.

- عليه السلام - أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين، فقال: شهدت على نفسك شهادتين، فأمر به فقطع[١].

فإن قيل: فقد روي عن أبي هريرة أنَّه أتي رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم- بسارق، فقالوا: يا رسول الله، هذا سرق، فقال: «ما أخاله سرق».قال[٢]: بلى يا رسول الله، قال: «فاذهبوا[٣] به، فاقطعوه».فقطعه بإقراره مرة واحدة[٤].

قيل له: يحتمل أن يكون الراوي اختصر، و لم يذكره بحد الإقرار، والأقرب أنهما حديث واحد فيهما أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «ما أخاله سرق».وأنه قال صلى الله عليه وآله له: «تب إلى الله».فقال: أنا تائب إلى الله، وأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - دعا له بقبول التوبة، وعلى هذا يُتأول ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله /١٣٧/ وسلم، فقال يا رسول الله، إني سرقت جملاً لبني فلان، فأرسل إليهم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقالوا: فقدنا جملاً لنا، فأمر به، فقطعت يده[٥]، على أن هذا الخبر مما يؤكد مذهبنا؛ لأنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقطعه بإقراره أول مرة، وليس يمكن للمخالف أن يقول: إنَّه انتظر دعوى من يدعيه؛ لأنَّه أمر به فقطع من غير دعوى كانت؛ لأن القوم ما زادوا على أن قالوا: فقدنا جملاً لنا[٦]، وذلك القدر ليس بدعوى.

ويدل على ذلك أنَّه قد ثبت في الإقرار بالزنى أنَّه لا يوجب الحد حتى يتكرر أربع مرات، فيجب أن يكون الإقرار بالسرقة لا يوجب الحد حتى يتكرر مرتين، والعلة أن

(١) في (أ): يقطع.
أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ١٧٠. وإسناده: حدثنا أبو بشر الرقي، حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش، به.
(٢) في (أ): فقالوا.
(٣) في (أ): اذهبوا.
(٤) أخرجه الحاكم ٤/٤٢٢ والبيهقي ٨/٢٧١.
(٥) أخرجه الطحاوي ٣/١٦٨ والطبراني في الكبير ٢/٨٦ وابن ماجه ٢/٨٦٣ عن عبد الرحمن بن ثعلبة عن أبيه.
(٦) في (أ): فقدنا جملنا.

كل واحد من الحدين حق لله لا يتعلق به حق الآدميين، فوجب أن يكون عدة الإقرار به معتبراً بعدة الشهادة عليه، وليس يلزم عليه الردة؛ لأنَّه يرتد بنفس الإقرار؛ لأنَّه لو قال: إنَّه كافر بالله، لكفر بهذا القول، وليس كذلك قوله: سرقت، أو زنيت؛ لأنَّه بالقول لا يصير زانياً، ولا سارقاً، وإنما ينبئ هو عن فعل قد وقع هذا الإقرار عليه، وإن شئتَ زدتَ في العلة فقلت: والإقرار ليس سبباً له، وإنما هو دلالة عليه، فأما الإقرار بشرب الخمر، فلا أحفظ فيه نصاً عن أصحابنا، لكن قياس قوله أنَّه لا يحد حتى يتكرر مرتين، وأما القذف فهو حق لله تعالى متعلق بالآدمي، فهو بالقصاص أشبه، وذكر أبو بكر الجصاص عن أبي الحسن الكرخي - على غالب ظن أبي بكر - أنَّه قال: وجد عن أبي يوسف في شرب الخمر أنَّه قال: لا يحد حتى يقر مرتين.

مسألة: في بيان موضع القطع

قال: وعلى الإمام أن يقطع يده اليمين من مفصل الكف من الساعد.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

أما وجوب قطع اليمين أول ما سرقت، فلا خلاف بين الأمة، وروي أن عبد الله كان يقرأ ﴿فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا﴾(المائدة ٣٨).

وأما موضع القطع، فالظاهر الذي عليه المسلمون أنَّه المفصل، وحكي عن قوم من الخوارج أنَّه من الإبط، وعن بعض أهل البيت - منهم أحمد بن عيسى - أنَّه من أصول الأصابع، وكل ذلك فاسدٌ بما ظهر من تعامل المسلمين؛ لأن اليد إذا أُطلقت، فُهِمَ إلى الرسغ.

وذكر محمد بن منصور، عن عباد بن يعقوب، عن عمرو بن ثابت، قال: رأيت أبا فلان رجلاً كان قطعه علي - عليه السلام - من رأس الكوع[٢]. و لم يُذكر عن أحد من الصحابة خلافه، فثبت ذلك.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٩. والمنتخب: ٤٠٥.

(٢) أخرجه في الامالي ٤/٢١٣إلا أنه قال من الكوع.

فإن قيل: فقد روي عن علي - عليه السلام - قطع الأصابع.

قيل له: ذلك من روايات الإمامية التي لا نثبتها، ولا نعمل بها؛ لما ثبت عنهم من التساهل في الحديث والنقل[1] بالوهم وبحسب الاعتقاد، على أن كل من قطعت أصابعه لا يقال إنَّه[2] قطعت يده، ولا أحفظ خلافاً أن الرِجل تقطع من المفصل، فكذلك اليد؛ والعلة أنها عضو تقطع للسرقة، فوجب أن يكون قطعه من /١٣٨/ المفصل، ونريد بالمفصل: المفصل الذي يلي مفصل الأصابع.

مسألة: في درء الحد للشبهة

قال: ويجب على الإمام أن يتثبت في إقراره، والشهادة عليه، فإن جرى فيها ما يوجب درء القطع، درأه، وضمَّنه ما سرق.

وهو منصوص عليه في الأحكام[3].

وذلك لقوله: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» ولأنْ يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة، فأما تضمين المال، فلا يجب فيه ذلك؛ لأن الضمان لا يسقط بالشبهة، ولا يسقطه الرجوع، بل يحكم فيه بما يحكم في سائر الأموال والحقوق.

مسألة: في رجوع المقر بالسرقة عن إقراره

قال: ولو أنَّه أقر على نفسه إقراراً يوجب القطع، ثُمَّ رجع عنه، وأكذب نفسه، سقط عنه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[4].

والوجه فيه ما مضى في رجوع المقر بالزنى، ولأن النبي - صلى الله عليه وآله

---

(١) في (ب): الفعل. ونبه على ما أثبتناه.

(٢) في (ب): إنها.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/٢٤٩.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٩ - ٢٥٠.

وسلم - قال لمن اعترف بالسرقة: «ما أخالك سرقت».فلقنه الرجوع[١]، فدل ذلك على أن الرجوع يُسقط القطع[٢]؛ ولأنه حق من حقوق الله لا حق فيه لآدمي، فوجب أن يُقبل الرجوع فيه، كحد الزنى.

مسألة: في معاودة السرقة بعد القطع

قال: فإن عاد بعد ما قطعت يده، فسرق ثانية، وثبت ذلك عند الإمام، قطع رجله اليسرى من مفصل القدم من الساق، فإن عاد بعد ذلك، حبسه الإمام[٣]، إلاَّ أن يظهر توبته، ولم يقطع يده اليسرى، ولا رجله اليمنى.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٤]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وهو قول أمير المؤمنين[٥] علي - عليه السلام -.

قال الشافعي: يَقطع في الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة رجله اليمنى، وحكي أنّه قول أبي بكر، وقال الشافعي: إن عاد بعد الرابعة، حبس، وحكي عن أبي بكر مثل قولنا.

فأما كون ما ذهبنا إليه أولى، فهو قول علي - عليه السلام - روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنّه كان يقطع يمين السارق، فإن عاد، قطع رجله اليسرى، فإن عاد، فسرق[٦]، استودعه السجن، وقال: إني أستحي من الله أن أتركه ليس له شيء يأكل به، ولا يشرب، ولا يستنجي[٧].

---

(١) في (أ): بالرجوع.

(٢) في (أ): يسقط بالسرقة القطع.

(٣) سقط من (ب): الإمام.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٩، ٢٦٠.

(٥) سقط من (ب): أمير المؤمنين.

(٦) في (أ): يسرق.

(٧) في (أ): ولا يستنجي إن أراد أن يستنجي. وهو في مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق. وفي مصنف عبد الرزاق ١٠/١٨٦.

وروى أبو الحسن الكرخي بإسناده، عن شعبة، عن عمرو بن مرة، قال: سمعت عبد الله بن مسلمة يُحدِّث أن علياً أُتي بسارق فقطع يده، ثُمَّ ساق الحديث(١).

وروى أيضاً بإسناده، عن عبد الرحمن بن عائذ، قال: أُتي عمر برجل أقطع اليد والرجل قد سرق يقال له سدوم، فأراد أن يقطعه، فقال له علي - عليه السلام -: إنما عليه قطع يد ورجل، فحبسه عمر، و لم يقطعه(٢).

وروي عن مكحول أن عمر قال(٣): لا تقطعوا يده بعد اليد والرجل، ولكن احبسوه عن المسلمين.

وعن الزهري أنَّه قال: انتهى أبو بكر إلى اليد والرجل.

وروي أن عمر استشارهم في السارق، فأجمعوا أنها(٤) تقطع يده اليمنى، فإن عاد، فرجله اليسرى، ثُمَّ لا يقطع أكثر من ذلك، وروي نحوه عن ابن عباس، فدل ما ذكرناه على أن الصحابة /١٣٩/ مجمعة على ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: عموم قوله: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة ٣٨ يدل على خلاف ذلك؛ لأن الآية تقتضي قطع يده اليسرى.

قيل له: قد اشتهر أن ابن مسعود قرأ: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا﴾، وأقل ما فيه أن يكون ذلك يجري مجرى الرواية، وإن لم تثبت قراءته، وروي(٥) عن ابن عباس، والحسن، في قوله: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا﴾ بلفظ الجمع(٦)، ثبت أن المراد به(٧) من كل واحد اليدين.

---

(١) وأخرجه الدارقطني ١٨٠/٣.

(٢) أخرجه عبد الرزاق ١٨٦/١٠ والبيهقي ٢٧٣/٨.

(٣) في (ب): وروى مكحول عن عمر أنَّه قال.

(٤) في (ب): أنَّه.

(٥) في (أ): روي.

(٦) كذا ولعل هنا ساقطا تقديره فإن قيل : إذا كانت مضافة بلفظ الجمع، ثبت،،،.

(٧) سقط من (ب): به.

قيل له: لا تمتنع العرب من إضافة العضو الواحد إلى شخصين بلفظ الجمع، كأنه عبارة بلفظ الجمع عن عضوين، وقد قال الله - عز وجل -[١]: ﴿إِن تَتُوبَا إِلَى اللهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾(التحريم ٤)، وإنما لكل واحد منهما قلب واحد.

فإن قيل: فكيف تدَّعون الإجماع من الصحابة وقد روي عن أبي بكر أنَّه قطع اليد بعد قطع اليد[٢] والرجل في قصة الأسود الذي نـــزل بأبي بكر، ثُمَّ سرق حليَّ أسماء، رواه سفيان، عن عبد الرحمن بن القاسم؟.

قيل له: هذا الحديث معارَض بما روي عن ابن شهاب، عن عروة عن عائشة، أن رجلاً خدم أبا بكر، فبعثه مع مُصدق، وأوصاه به، فلبث قريباً من شهر، ثُمَّ جاء وقد قطعه المصدق، فلما رآه أبو بكر قال: ما لك؟ قال: وجدني خنت فريضة فقطع يدي، فقال أبو بكر: لأراه يخون أكثر من ثلاثين فريضة، والذي نفسي بيده لئن كنتَ صادقاً لأُقيدَنَّك منه، ثُمَّ سرق حلي أسماء بنت عميس، فقطعه أبو بكر، فأخبرت عائشة أنَّه قطع بعد قطع المصدق، ولا يكون ذلك إلاَّ قطع الرجل اليسرى.

فإن قيل:روي أن أبا بكر قطع يداً بعد يدٍ ورجل[٣].

قيل له: لم يثبت أنَّه قطع في السرقة، ويجوز أن يكون قطع قصاصاً، وفي الحديث أنَّه ضرب عنقه، والسرقة لا يستحق بها ضرب العنق.

فإن قيل: روي في سارق أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر بقطع أربعه في أربع مرات.

قيل له: هذا الحديث روي مفسراً، وفيه ما يدل على أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يفعل ذلك للسرقة فقط، وروي عن محمد بن المنكدر، عن جابر بن عبد الله قال: جيء بسارق إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -

(١) في (ب): الله تعالى.
(٢) في (أ): بعد قطع اليد.
(٣) في (أ): يداً بعد يد، ورجلاً بعد رجل.

فقال: «اقتلوه».فقالوا: يا رسول الله إنَّما سرق، قال: «فاقطعوه».قال: فقطع على هذا إلى أن أتي به في الخامسة، فقال: «اقتلوه».قال جابر فانطلقنا به، فقتلناه[١]، وروي فخرجنا به إلى مربد النعم فحملنا عليه النعم، فأشار بيده ورجليه فتنافرت الإبل عنا، قال: فلقيناه[٢] بالحجارة حتى قتلناه[٣]، فدل ذلك على أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – عرف منه حالاً استحق بها ذلك، وأنه لم يكن للسرقة، وأنه كان في حال /١٤٠/ لم يكن ورد النهي عن المثلة، فقصد به النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – تغليظ العقوبة؛ لأن حمل النعم ليس في شيء من الحدود، وهذا كما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – في قصة العرنيين أنَّه قطع أيديهم، وأرجلهم، وسملهم، وألقاهم في الشمس، وذلك ليس في شيء من الحدود، فلما نهى عن المثلة، صار مثل ذلك أجمع منسوخاً، وأيضاً لا خلاف بين المسلمين أنَّه لا يقطع في الثانية يده اليسرى، بل يعدل عنها إلى الرجل اليسرى، فلو كانت[٤] اليد اليسرى تقطع بعد قطع اليمنى، لكانت تقطع في الثانية، ومجرد العلة في ذلك بأن يقال: لا خلاف أن اليد اليسرى لا تقطع في الثانية، فكذلك في الثالثة؛ والعلة أنَّه يؤدي إلى إبطال منافع اليدين لحد السرقة، وأيضاً لا خلاف أن الرجل اليمنى لا تقطع في الثالثة، فكذلك في الرابعة، والعلة أنَّه يبطل منافع الرجلين بحد السرقة، وكذلك أن الله تعالى لما غلظ حكم المحاربين، لم يأمر إلاَّ بقطع يد ورجل من خلاف، فلم تفته منافع يديه، ولا منافع رجليه؛ ولأن ما ذهبنا إليه أدفع لمعرته عن[٥] المسلمين؛ لأنا إذا احتبسناه الثالثة، فقد كففناه[٦] عن المسلمين في الثالثة والرابعة، وأنا لا نجعل حداً ما لا دليل عليه من النص

---

(١) أخرجه البيهقي ٢٧٢/٨ والدارقطني ١٨٠/٣ والنسائي ٣٤٨/٤ وأبو داود ١٤٢/٤ والطبراني في الأوسط ١٩٨/٢.

(٢) في(ب): فقتلناه.

(٣) انظر التخريج السابق.

(٤) في (أ): كان.

(٥) سقط من (أ): عن.

(٦) في (أ): كففنا.

والاتفاق أنَّه حدٌ، وقطع اليد اليسرى والرجل اليمنى[١] لم يَرِدْ بكونه حداً نصٌ، ولا حصل عليه إجماع، فصار فعله محظوراً، كقطع الأذن، والأنف، وغيرهما من الأعضاء على سبيل الحد، وهذا عهد الله ظاهر على أن الشيء إذا ثبت أنَّه حد، فيجوز أن يختلف في موضع، ويثبت في موضع دون موضع بالاجتهاد، فأما ما لم يثبت فيه أنَّه حد بتة، فكيف يثبت من طريق الاجتهاد بكونه حداً، وهذا خلاف دين المسلمين، وقطع الرجل[٢] اليمنى من ذلك، وكذلك قطع اليد اليسرى، إلاَّ أنَّه في الرجل[٣] اليمنى أظهر.

مسألة: فيمن سرق وأصابعه مقطوعة

قال: ولو أن رجلاً قطعت أصابع يده، فسرق، قطع ما بقي من يده إلى الكوع.

وهو منصوص عليه في المنتخب[٤].

وذلك أنَّه يستحق بالسرقة إتلاف يمينه إلى المفصل، فَتَلَفُ ما تَلِف منها لا يمنع من إفاتة الباقي المستحق، ويشهد لذلك سائر الحقوق، ألا ترى أن رجلاً لو قتل رجلاً، فقطعت يد القاتل قبل القصاص، أو قبل الجناية، لم يمنع ذلك من استيفاء القود في الباقي، وكذلك من باع عبدين في صفقة، فتلف أحدهما قبل التسليم، لم يمنع ذلك من تسليم الباقي، ولا فصل في هذا بين أن تكون أصابعه قطعت قبل السرقة، أو بعدها؛ للوجه الذي بيناه.

مسألة: في قطع اليسرى غلطاً والعكس

قال: ولو أن سارقاً قطعت يده اليسرى غلطاً، لم تقطع يده اليمنى، وكذلك إن قطعت رجله اليمنى /١٤١/ غلطاً.

---

(١) في (أ): واليد اليمنى.

(٢) في (ب): اليد. وظنن على: الرجل.

(٣) في (ب): اليد. وظنن على: الرجل.

(٤) انظر: المنتخب: ٤٠٨. ولفظه: (القطع واجب عليه، ما دام له في كفه أصبعان ينال بهما قوته).

وهو منصوص عليه في الأحكام[١].

وذلك لما بيناه من أنَّه لا يجوز أن تفوت منافع يديه جميعاً لحد السرقة، ولو[٢] قطعنا يمناه، كنا فَوَّتنا منافع يديه، لهذا قلنا إنَّه[٣] لا تقطع رجله اليسرى؛ لأنَّه يؤدي إلى تفويته منافع رجليه لحد السرقة، وذلك مما لا يجوز على ما مضى، وليس على السارق بعد ذلك شيء، وهذا معنى قوله في (الأحكام)[٤]، «ولا يلحق في ذلك شيء».ومعنى قوله فيه «مضى الحد بما فيه» أنَّه في حكم الممضي، وإلا فليس ذلك حداً؛ لأن الحد لا يتعلق بقطع اليسار من اليد، ومعنى قوله في (الأحكام) إن الله لم يذكر يميناً ولا يساراً، هو لتجويز صحة ما يدعيه القاطع من الغلط ليسقط عنه القصاص، وقوله في (المنتخب)[٥]: «فمن قطع سارقاً أدخل عليه ظناً منه أنه يجوز له ذلك إن عليه الدية»، يقتضي[٦] قياسه على أن من قطع يساره غلطاً الدية تتحمل عنه عاقلته.

فإن قيل: فهلا قطعتم رجله اليسرى.

قيل له: لأنَّه لم تستحق السرقة إلاَّ قطع يده اليمنى، فلما عرض ما يمنع من قطعها، لم يجز أن يقطع ما لا يستحق قطعه.

مسألة: في قطع الجماعة بسرقة واحدة

قال:ولو أن جماعة اجتمعوا على سرق ما قيمته عشرة دراهم، وإخراجه من الحرز، قطعوا كلهم.

وهو منصوص عليه في المنتخب[٧].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٩.

(٢) في (أ): فلو.

(٣) في (ب): أنها.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/٢٥٩.

(٥) انظر: المنتخب: ٤١٢.

(٦) في (ب): مقتضى.

(٧) انظر: المنتخب: ٤١١.

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يُقطعون حتى يخص كل واحد منهم المقدار الذي يجب فيه القطع، وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك مثل قولنا.

والدليل على ما ذهبنا إليه: أنّه قد حصل السرق لمقدار يجب فيه[1] القطع، فوجب أن يحصل القطع، دليله لو كان السارق واحداً، أو كان المسروق ما يخص كل واحد منهم المقدار الذي يتعلق به القطع[2]، وقد قال الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة ٣٨)، فوجب قطعهم بظاهر الآية؛ لكونهم سارقين لمقدار[3] يجب به القطع، فكل واحد منهم سرق ذلك المقدار؛ لأن الجميع إذا سرقوا عشرة دراهم[4]، فكل واحد سارق لجميعه، كما أن جماعة لو قتلوا واحداً، كان كل واحد منهم قاتلاً له، فكما يجب أن يقاد من جميعهم، كذلك يجب أن يقطع الجميع.

فإن قيل: إذا كان ذلك، لزم كل واحد منهم ضمان[5] الجميع.

قيل له: يلزم ذلك على طريق التخيير؛ لأن صاحب الشيء مخير في تضمين من شاء منهم، إلاّ أن لهم أن يوزعوا ذلك بينهم، على أن ذلك لو كان كذلك، لم يمنع ما قلناه إن عشرة لو قتلوا خطأ، لزمتهم دية واحدة، ولو قتلوا عمداً، قتلوا جميعاً.

فإن قيل: أفلستم تقولون إن ثلاثة لو اشتركوا في أربعين شاة، لم يلزمهم شيء، فكذلك يلزمهم السرق على ذلك؟.

قيل له: الفرق بين ذلك وبين السرقة أن كل واحد من الشركاء غير مالك للجميع، وكل واحد من السراق سارق للجميع، فيجب أن يلزم كل واحد منهم /١٤٢/ القطع.

فإن قيل: فقد قال: لا قطع[6] فيما دون عشرة دراهم.

---

(١) في (ب): به.

(٢) سقط من (أ): القطع.

(٣) في (ب): لأنهم سارقون لمقدار.

(٤) سقط من (أ): دراهم.

(٥) سقط من (أ): ضمان.

(٦) في (ب): لا أقطع.

قيل له: كذلك نقول، وهو - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقل لا قطع[١] حتى يكون ما يسرقه جماعة السراق بحيث يخص كل واحد منهم عشرة[٢] دراهم، وإنما قال: لا قطع فيما دون عشرة، ونحن لا نقطع حتى يكون المسروق عشرة دراهم، وهذا جوابنا لمن قال: روي: لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الشيء التافه؛ لأن القطع لم يحصل في الشيء التافه، على أن القطع إنَّما يتعلق بهتك الحرز لمقدار مخصوص، فإذا حصلا، وجب القطع، ولا يجب أن يعتبر عدد السراق؛ لأن القطع لا يتعلق بهم، ولأنهم لا حق لهم في المسروق.

مسألة: فيمن يلزمه القطع من الشركاء في السرقة

قال: ولو أن جماعة اجتمعوا في دار للسرق، فكوَّر المتاع أحدهم، وحمله بعضهم، وأخرجه من الحرز بعضهم، لكان القطع على الذين أخرجوه من الحرز، وأدب الباقون.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣]. وبه قال الشافعي.

قال أبو حنيفة: يقطع الجميع.

ويدل على ما ذهبنا إليه: قول الله - عز وجل -: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (الأنعام: ١٦٤)، وقوله - عز وجل -: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا﴾ (الأنعام ١٦٤)، وقال: ﴿والسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة ٣٨)، ولا سارق في جملتهم إلاَّ من أخرج المسروق من الحرز، فوجب ألا يكون القطع لازماً غيره، وأيضاً الباقون لم يخرجوا المسروق من الحرز، فوجب ألا يلزمهم القطع، دليله لو لم يكونوا دخلوا الحرز، يوضح ذلك أن جميعهم لو دخلوا الحرز، ولم يخرجوا شيئاً، لم يلزمهم القطع، والعلة أنهم لم يهتكوا الحرز بإخراج المتاع، يكشف ذلك أن جماعة لو اجتمعوا على قتل رجل، فتولَّى القتل بعضهم، لم يلزم القود إلا من تولى القتل، وكذلك لو اجتمعوا على الزنى بامرأة، فزنى بعضهم، لم يستحق الحد إلاَّ من زنى، فكذلك

---

(١) في (ب): لا أقطع.

(٢) في (أ): بعشرة.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥١.

في مسألتنا لا يستحق القطع إلاَّ من أخرج من الحرز، والعلة أنَّه هو المتولي للجناية الموجبة للحد.

فإن قيل: إنهم اشتركوا في السبب وهو دخول الحرز، فوجب أن يشتركوا في القطع.

قيل له: دخول الحرز ليس بسبب عندنا للقطع؛ لأن سارقاً لو أدخل يده إلى الحرز فأخرج منه المال، لزمه القطع، على أنه لو كان سبباً، كان بعض السبب، والقطع لا يتعلق إلاَّ بمجموع السبب، ألا ترى أن رجلين لو اشتركا في مال، فكان لأحدهما نصاب، وللآخر دون ذلك، أوحال الحول على مال أحدهما، ولم يحل على مال الآخر، لم تلزمه الزكاة كما لزمت شريكه؛ لأنَّه يشاركه في بعض السبب، كذلك ما اختلفنا فيه.

وقلنا يؤدب الباقون؛ لأن جنايتهم عظمت، فاستحقوا التعزير.

مسألة: في سارقين يتناولان المسروق من الحرز

قال: ولو أن رجلين اجتمعا على سرق شيء، فدخل /١٤٣/ أحدهما، ووقف الآخر عند الباب، فتناول المسروق من يد من في الدار، نُظِر في أمرهما، فإن كان الداخل أخرج المتاع من الباب، ثُمَّ تناوله الخارج، كان القطع على الداخل دون الخارج، وإن كان الخارج أدخل يده إلى الداخل، فأخرج[1] المتاع من الداخل، وأخرجه من الباب، كان القطع على الخارج دون الداخل، وعلى من لا قطع عليه منهما الأدب.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

الأصل في هذا: أن القطع يتعلق بهتك الحرز بمقدار معلوم من المال، ومعناه تناوله مال الغير على وجه الظلم إذا كان له قدر مخصوص، وأخرجه من الحرز، يبين ذلك

---

(١) في (ب): فأخذ.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥١ - ٢٥٢.

أنَّه لو دخل الحرز، وخرج من دون تناول المال، لم يلزمه[١] القطع، وكذلك لو دخل، وأخذ المال، ثُمَّ تركه اضطراراً، أو اختياراً بعد ألا يكون مخرجاً له من الحرز، لم يلزمه القطع، وكذلك لو أخذه من غير الحرز، أو أخرج وأخذ من الحرز، وحمله في الطريق غيرُه، لم يلزم الحامل القطع، فبان بهذه الأصول التي بيناها ما قلنا من أن القطع يجب بهتك الحرز على الوجه الذي بيناه، وإذا ثبت ذلك، صح ما قلنا في الرجلين إذا وقف[٢] أحدهما بالباب، ودخل الآخر، أن القطع منهما على من تولى إخراجه[٣] من الحرز، داخلاً كان المخرِج أو خارجاً، ووجه التأديب ما بيناه من عِظَم جرمه، وإن لم يستحق القطع.

قال: ولو أن الداخل كوَّر المتاع، ثُمَّ حمله إلى الباب، ثُمَّ تناول جانباً منه، وتناول الخارج الجانب الآخر، فأخرجاه، لزمهما جميعاً القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٤].

وذلك أن كل واحد منهما هاتك للحرز بإخراج ما أخرجاه على الوجه الذي بينا، فوجب أن يلزم كل واحد منهما القطع.

قال: ولا فصل في وجوب القطع بين من يخرج المتاع من الباب، أو يرميه من فوق الجدار، أو يخرجه من الثقب.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٥].

وذلك لما بيناه من أن القطع يتعلق بإخراجه من الحرز، وكل من ذكرنا مخرج له من الحرز، فوجب أن يستوي الأمر في جميعهم في لزوم القطع.

---

(١) في (أ): يلزم.

(٢) في (أ): ثبت.

(٣) في (أ): إخراج ذلك.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٢.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥١.

مسألة: في إخراج المسروق من الحرز مع مجنون أو صبي

قال: ولو أن سارقاً دخل الدار ومعه صبي، أو مجنون، وأخذ المتاع، ودفعه إلى الصبي، أو المجنون، فأخذه، وأخرجه من الحرز، ثُمَّ تناول السارق منه المتاع خارج الدار، وحمله، فلا قطع على واحد منهما.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

وذلك أن المخرج للمتاع من الحرز هو المجنون، أو الصبي، وهما لا قطع عليهما؛ لأن القطع عقاب، ولا خلاف أنَّه لا يلزم من لم يبلغ، أو لم يعقل، والسارق لم يخرجه من الحرز، فلذلك قلنا إنَّه لا قطع على واحد منهما.

مسألة: في أخذ السارق قبل الخروج من الحرز أو بعده

قال: وإذا أُخذ السارق وقد تناول المتاع، ولم يخرجه من الحرز، فلا قطع عليه، وإن أخرجه، ثُمَّ رده إلى الحرز، فعليه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٢).

قال أبو حنيفة: إذا رده، لم يقطع.

والذي يدل على ما قلناه: قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (المائدة ٣٨) /١٤٤/ وهذا سارق، فوجب أن يقطع، وأيضاً قد ثبت فيمن شرب خمراً، ثُمَّ قاءها، أو غصب جارية، ثُمَّ زنى بها، ثُمَّ ردها على مالكها، أنَّه لا يسقط عنهما الحد، كانت العلة فيه أن كل ما فعل بعد ذلك لم يخرج الجناية من أن تكون وقعت، كذلك من سرق شيئاً، ثُمَّ رده، لم يسقط عنه القطع؛ لأن رده لم يخرج الجناية عن أن تكون قد وقعت، والأصول كلها شاهدة لنا؛ لأن الجناية التي تقع ما يحصل بعدها لا يغير حكمها، ما لم يكن ذلك توبة إلى الله – عز وجل –.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٢.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥١، ٢٥٣.

فإن قيل: فما تقولون فيمن قذف رجلاً فأقر المقذوف عليه، أليس يسقط عنه الحد؟

قيل له: لأن ذلك يكشف لنا أن[1] القذف لم يكن جناية، ومثاله أن يقر المسروق منه أنَّه ملك للسارق، أو يقر أنَّه كان أذن له في أخذه، فسقط عنه القطع؛ لأن ذلك يكشف لنا أن ما فعله لم يكن جناية.

فإن قيل: فالقطـــع لا يجب إلاَّ بخصومة المسروق منه، وإذا رده عليه، لـــم تثبت له خصومة.

قيل له: لسنا نسلم ذلك، بل عندنا يجب القطع بحصول السرقة، خاصم[2]أو لم يخاصم؛ لأنَّه حق لله - عز وجل - كحد الزنى، والشرب، وليس هو كحد القذف، يدل على ذلك ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قطع من اعترف[3] عنده بالسرقة بعد قوله: «ما أخالك سرقت» مرتين، أو ثلاثاً، ولم يرو أنَّه كان هناك مخاصم، وكذلك ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «إني سرقت جملاً لبني فلان»، فبعث إليهم، فقالوا: «فقدنا جملاً لنا»، فقطعه، وقولهم: «فقدنا جملاً لنا» ليس بدعوى، ولا خصومة، فثبت أن القطع يجب من غير[4] خصومة، مثل حد الخمر والزنى.

مسألة: في العفو عن السارق، أو هبة المسروق له

قال: ولو أن صاحب السرقة والشهود عفوا عن السارق، ولم يرفعوه إلى الإمام، كان ذلك لهم، ولم يكن للإمام أن يتبعهم، وإن وهب صاحب السرقة من السارق ما سرقه بعد ما رفعه إلى الإمام، لم يسقط القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[5].

---

(١) في (أ): لنا عن أن.
(٢) في (أ): خوصم.
(٣) في (ب): أقر.
(٤) في (ب): بغير.
(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٣. والمنتخب: ٤١٠.

أما عفوهم، وسترهم عليه قبل رفعهم إلى الإمام، فلا خلاف في أنَّه جائز، ومندوب إليه، ويدل عليه ما روي في من سرق رداء صفوان، فرفعه إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فلما أراد قطعه، قال: وهبته له، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: هلاَّ كان قبل أن ترفعه إليَّ[1]، وهذا يدل على أن هبته له بعدما رُفع لا يُسقط عنه القطع، وبه قال الشافعي، وروي أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لهزال، لو سترته بثوبك، كان خيراً لك مما صنعت، وكان هزال أمر ماعزاً أن يعترف، /١٤٥/ وقوله: «من أتى شيئاً من هذه القاذورات، فليستتر بستر الله». إلى آخر الحديث، قال أبو حنيفة: يسقط عنه القطع.

ووجهه: ما قد بينا أن الجناية قد حصلت، وليست هبته له مما يزيل الجناية، كمن زنى بجارية، ثُمَّ ملكها، أو بامرأة، ثُمَّ نكحها، أن ذلك لا يسقط عنه الزنى، كذلك من سرق، ثُمَّ وُهبت منه السرقة، وإن كان هذا لا يلزم أبا يوسف، فإنه يذهب إلى أن يسقط حد الزنى عن الرجلين، ويلزمه سائر ما قدمنا.

مسألة: في سرقة المملوك من مال سيده

قال: ولو أن مملوكاً سرق من مال سيده ما يلزم في مثله القطع، لم يلزمه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2]. وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة، ولا أحفظ فيه خلافاً بين العلماء ولا بين الصحابة.

وروي عن علي - عليه السلام - أنَّه لا قطع عليه.

وروي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن رجلاً قال له: يا أمير المؤمنين، عبدي سرق متاعي، فقال: مالك سرق بعضه بعضاً[3].

---

(١) أخرجه الحاكم ٤٢٢/٤ والدارمي ٢٢٦/٢ والدارقطني ٢٠٥/٣ والبيهقي ٢٦٦/٨ وأبو داود ١٣٨/٤ والنسائي ٣٢٨/٤ عن ابن عباس وصفوان بن أمية.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٤.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق. وأخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢٠٦/٤.

وعن عمر أن رجلاً أتاه بعبد له فقال: يا أمير المؤمنين، أقطع هذا فإنه سرق مرآة لامرأتي خيراً من ستين درهماً؟ فقال: خادمكم أخذ متاعكم، لا قطع عليه.

و لم يروَ خلافه عن غيرهما، فصار كالإجماع من الصحابة، وأيضاً هو مأذون له في الدخول على سيده في أكثر الأحوال عرفاً، وماله غير محرز منه، فأشبه الخائن في سقوط القطع عنه، وأيضاً ملك العبد ملك سيده، فيجب أن تكون يدُه يدَه، وعلى هذا لا يكون الشيء خرج من يد مالكه حكماً، يبين ذلك أن ما يوجد في يد العبد كأنه يوجد في يد سيده حكماً، وأيضاً القطع إنما هو لصيانة الأموال، ولا وجه لصيانة ماله بإضاعة ماله.

قال: ولو أنّه سرق من مال مشاع بين سيده وبين آخر، ما يجب فيه القطع، لم يلزمه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[1].

ووجهه: أن المال وإن كان مشاعاً بين سيده وبين شريك سيده، فإن كون نصيب سيده فيه يصير شبهة في درء القطع، كمن وطئ جارية بينه وبين شريكه، يصير الشرك شبهة يدرأ بها عنه الحد، على أنّه إذا أخذ ذلك، صار المأخوذ كأنه نصيب سيده، ألا ترى أنّه لو استهلكه، لم يلزم الشريك أن يقاسم سيده ما بقي عنده، فيصير في الحكم كأنه أخذ سيده منه نصيبه، فوجب ألا يلزمه القطع، فأما إذا أخذ منه فوق ما لسيده بمقدار يجب فيه القطع، لزمه القطع؛ لأن ذلك مال الغير، وشبهة الشركة قد زالت.

قال: ومن وجدت عنده السرقة، فلا قطع عليه، وإنما يقضى عليه بردها إن كانت قائمة بعينها، أو ضمانها إن كان استهلكها.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/٢٥٤.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/٢٥٧.

وذلك أن القطع على ما بيناه يجب بهتك الحرز على ما بيناه، وليس يجب بقبض السرقة وإمساكها وتناولها، إذا لم يكن هتك الحرز، ومن وجدت عنده يجوز أن يكون اشتراها من السارق عالماً أو غير عالم، ويجوز أن يكون اغتصبها، أو تكون في يده على سبيل العارية، أو الوديعة، فلذلك قلنا إنَّه لا قطع عليه، وذلك ما لا خلاف فيه، فأما ردها، أو رد قيمتها، فهو واجب، ولا خلاف فيه؛ لأن ذلك ليس مما يسقط بالشبهة والتجويز.

مسألة: في قطع الخائن والطرار والمختلس

قال: ولا قطع على الخائن والطرَّار والمختلس.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1].

أما الخائن، والمختلس، فلا خلاف في سقوط القطع عنهما، وذلك لما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم-: «ليس على الخائن والمختلس ولا المنتهب قطع». وعن علي – عليه السلام –: «لا قطع على الخائن والمختلس».

وأما الطرار، فقال: أبو حنيفة: إن طر من داخل الكُم، قطع، وإن طر من خارج الكم، لم يقطع.

ووجه ما قال أصحابنا: أن الطرار بالمختلس أشبه منه بالسارق، فوجب أنَّه يدرأ عنه القطع.

فإن قيل: الطرار يأخذ الشيء على وجه الاستخفاء، فهو بالسارق أشبه، وليس كذلك المختلس؛ لأنه يجاهر.

قيل له: هذا غلط؛ لأن أكثر من يختلس يختلس على وجه الخفية، لا تكاد تقع المجاهرة بالاختلاس إلاَّ على الندر، فلما لم يلزم المختلس القطع، وجب أن يكون الطرار كذلك.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٨ – ٢٥٩. والمنتخب: ٤٠٧.

فإن قيل: روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قطع سارق رداء صفوان بن أمية، وكان صفوان في المسجد، فجاء السارق فسرق رداءه من تحت رأسه، فثبت بذلك أن الطرار يلزمه القطع.

قيل له: يجب أن يكون ذلك كان قبل وجوب اعتبار الحرز، وأن يكون ذلك منسوخاً بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ليس على الخائن والمختلس قطع»؛ لأن من يأخذ رداء الإنسان من تحت رأسه يسمى مختلساً، فلما سقط القطع عن المختلس، سقط عما اختلفنا فيه، وهذا أحد الوجوه التي نذكرها في قطع النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من كانت تستعير الحلي، ثم لا ترده؛ لأنه يجوز أن يكون منسوخاً بقوله: لا قطع على الخائن، وكذلك الطرار، ونقيس داخل الكم على خارجه لإسقاط القطع، فنقول: إنّه سارق من الكم، فوجب أن لا قطع عليه، على أن الطرار إذا كان له شبه بالسارق، وشبه بالمختلس، فالأولى إسقاط القطع عنه للشبهة الواقعة، ولأن الحظر أولى من الإباحة في سائر الأشياء، فكيف في الحدود، على أن أصحاب أبي حنيفة لا يوجبون القطع على من أدخل يده في الدار، فأخرج منها المتاع، حتى يدخلها بنفسه، فكيف يوجبون على من أخذ الشيء من الكم؟.

وقال أبو يوسف: يقطع في الوجهين، ويحجه سائر ما قدمناه.

مسألة: في حد النباش

قال: والنباش إذا نبش القبر، وأخرج من أكفان الميت ما يبلغ قيمته[1] عشرة دراهم، لزمه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2]. وبه قال أبو يوسف و/١٤٧/ الشافعي.

وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا قطع عليه.

ويدل على ذلك: قول الله تعالى:﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيدِيَهُمَا**﴾(المائدة:٣٨) وهذا سارق، فلزمه القطع بظاهر الآية.

---

(١) في (ب): ما قيمته.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/٢٥٨.

وروى محمد بن منصور، يرفعه إلى جويبر، عن الضحاك، عن النــزال بن سبرة، عن علي - عليه السلام - قال: حد النباش حد السارق، وهو أعظمها جرماً[١].

وأيضاً القبر حرز الميت وما عليه من الأكفان؛ لأن الإحراز هو الحفظ، وقد أمرنا بحفظ جثة الميت وحفظ ما عليها في القبر على الإمكان، فثبت أنَّه حرز له ولما عليه، لا حرز له سواه، فوجب القطع على من سرق منه، كما يجب على من سرق من سائر الأحراز.

فإن قيل: ليس ذلك بحرز للميت، وليس يوضع الميت مع كفنه في القبر ليحرز فيه، وإنما يوضع فيه ليتوارى عن الناس.

قيل له: ليس كذلك، قد أمرنا أن نحفظ جثته في القبر وكفنه، والدليل على ذلك أنَّه لو كان الغرض في المواراة فقط، لجاز أن يرمى به في البحر، أو يترك في البيت، فيُسدّ عليه، أو يجعل في الناووس كما يفعله المجوس، فلما لم يجز شيء من ذلك، ووجب حفظه في القبر دون ما سواه، عُلم أنَّه حرزه، لا حرز له سواه.

فإن قيل: الناس يحفظون كثيراً من دراهمهم في الأكمام، وقد قلتم إن الكم ليس بحرز، فما أنكرتم أن القبر ليس بحرز للميت، وإن كان الميت يحفظ فيه؟

قيل له: الفرق بينهما أن للدراهم والجواهر وما شابهها ما يجوز أن يكون حرزاً سوى الكم، وكان حفظ هذه الأشياء في الأكمام على سبيل الندر لم يجعله حرزاً لها، والميت لا حرز له سوى القبر، فلو لم نقل إنَّه حرز له، كنا قد قلنا إنا أضعناه، ولم نحفظ جثته، وهذا فاسد، فبان أن القبر حرز له، لا حرز له سواه.

فإن قيل: الكفن لا تجعل في القبر لتحرز به، وإنما تجعل فيه لتبلى.

قيل له: هذا غلط، وإنما جعل الميت والكفن في القبر ليحرز فيه، وإن كان عاقبتهما إلى البلى، وليس المقصد البلى، ألا ترى أن الإنسان يلبس الثوب ليستر به نفسه، وليس بقصد أن يبلى عليه، وإن كان البلى عاقبته، وكذلك الدار يبنيها الإنسان

(١) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢١٦/٤.

ليسكنها، وإن كان عاقبتها الخراب، فكذلك الكفن، يبين ذلك أن الغرض لا يتعلق ببلاه على وجه من الوجوه.

فإن قيل: الكفن لا يكون ملكاً، فكيف يقطع به؟

قيل له: هو على ملك الميت، ألا ترى أن نباشاً لو أخذه ورد التراب، أو أكل بعض السباع جثته، لزمه أن يرده إلى الوارث، وصار ملكاً لهم، فبان أنَّه ما دام على الميت على ملكه.

فإن /١٤٨/ قيل: الملك يتعلق بالخصومة.

قيل له: يجوز لوارثه أن يخاصم عليه عنه، وإن لم يكن جاز أن يخاصم عنه الإمام، على أنا قد بينا فيما سلف أن القطع لا يتعلق بالخصومة، فسقط هذا السؤال.

فإن قيل: لو كان فيها صرة يسرقها سارق، لم يقطع، فكذلك الكفن.

قيل له: لأن القبر ليس بحرز لغير الميت وما عليه.

فإن قيل: لو كان حرزاً لشيء، لكان حرزاً لغيره.

قيل له: هذا غير مسلم، والحرز يختلف بحسب أحوال المحرز به.

وحكى أبو بكر الجصاص مثل قولنا عن حماد بن أبي سليمان، وإبراهيم، والشعبي، ومسروق، وعمر بن عبد العزيز، وابن أبي ليلى، قال أبو بكر: روى مثل قول أبي حنيفة، عن ابن عباس، ومكحول.

ويمكن أن يقال: كل شيء نهينا عن إضاعته، فلا بد من إحرازه، وقد نهينا عن إضاعة جثة الميت، فلا بد من إحرازها، ولا حرز لها سوى القبر، فقلنا إنها[1] حرز.

مسألة: في بيان الحرز

قال: والحرز الذي يجب القطع على من أخرج السرقة منه هو الحظائر من الجدر،

---

(١) لعله إنه.

أو القصب، أو الجريد، وما أشبه ذلك مما تغلق عليه الأبواب، وأقله ما يمنع من الدخول والخروج، هذه رواية المنتخب[١].

وقال في (الأحكام)[٢]: «والحرز هو بيت الرجل ومراحه ومربده المحظر عليه».وما ذكرناه لا خلاف في أنَّه حرز، ويدخل في قوله: «الحرز بيت الرجل»، بيت الشعر، والحركاة: هي بيت لبادية العجم من الشجر، ثم يجعل عليها إما الشعر، وإما اللبود، وإما الأدم، فإن ظعنوا، فصلوها، وحيث ينـــزلون يبنونها، وهي لهم مثل بيت الشعر، فيجب أن تكون حرزاً، وكذلك الخيمة؛ لأنها مثلها، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « فإذا آواه الجرين، ففيه القطع».فصح ما ذهبنا إليه من أن الحظائر - سواء كانت من خشب، أو قصب، أو غيرهما - حرز، وما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قطع رجلاً أقر أنَّه سرق جملاً لبني فلان، يدل على أن مراح الإبل حرز لها، فكان فيه دلالة على أن الإصطبل حرز للدواب، وكذلك ما يعمل للغنم من المرابض يكون حرزاً لها، فأما ما عدى ذلك، فلم نقل إنَّه حرز؛ لأنه لا دليل عليه؛ ولأن ما يأخذه الإنسان من غير ما ذكرناه، أو ما يجري مجراه، بالمختلس أشبه، فلذلك قلنا إنَّه لا قطع عليه.

قال: ولا تكون الجوالق حرزاً، سواء كان على البعير، أو على الأرض، فمن شقه، وأخرج المتاع منه، فلا قطع عليه.

وهو منصوص عليه في المنتخب[٣].

وذلك أن الجوالق نفسه يحرز، فلا يجوز أن يكون حرزاً، كالكيس لما جاز أن يحرز، لم يجز أن يكون حرزاً للدراهم، كذلك الجوالق، قال أبو حنيفة: لو سرق الجوالق نفسه، لم يقطع، وإن شق، وأخذ منه، قطع، وهذا بعيد؛ لأن جميعه إن أُخذ لم يقطع، فكيف يقطع إذا أخذ البعض؟ وفي هذا أن /١٤٩/ الجوالق ليس بحرز، وأنه يحتاج إلى ما يحرز به.

---

(١) انظر: المنتخب: ٤٠٥.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/٢٤٨.

(٣) انظر: المنتخب: ٤٠٦.

قال: والكم لا يكون حرزاً، وهذا قد مضى الكلام فيه، وهو منصوص عليه في المنتخب(١).

قال: وكذلك الخيمة وما أشبهها لا تكون حرزاً، تخريجاً.

كنا قلنا(٢) إن الخيمة ليس بحرز، ثُمَّ رأينا الأقرب على أصوله أن تكون حرزاً؛ لأنها تشبه بيت الشعر، وعموم قوله: «الحرز بيت الرجل»، يوجب أن يكون بيت الشعر عنده حرزاً، والخيمة تشبهه.

فإن قيل: فقد قال: الحرز ما يمنع الدخول والخروج، والخيمة لا تمنع(٣).

قيل له: لا يمكن الدخول إليها والخروج منها من غير بابها، إلاَّ بضرب من المعالجة والنقب، ومع هذين يمكن الدخول في المنازل والقصور، على أن أمر الخيمة فيه نظر، ولا نص فيه، وقد قلنا ما رأيناه.

قال: والبيادر(٤) التي يكون عليها شرائح القصب تكون حرزاً، لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم-: «فإذا أواه الجرين، ففيه القطع». وهو منصوص عليه في المنتخب(٥).

مسألة: في سرقة أبواب الدور

قال: ولو أن رجلاً سرق باب دار في درب، لم يكن عليه القطع، وإن سرق باب حجرة في دار، وجب عليه القطع.

وهو منصوص عليه في المنتخب(٦).

قلنا: إنَّه إذا سرق باب دار في درب، فلا قطع عليه؛ لأن الباب لم يكن في حرز؛

---

(١) انظر: المنتخب: ٢٠٧.

(٢) في (ب): رأينا.

(٣) في (ب): تمنعه.

(٤) جمع بَيدَر وهو موضع لجمع الحبوب.

(٥) انظر: المنتخب: ٤١١.

(٦) انظر المتخب: ٤٠٨.

لأن الحرز ينتهي إلى الباب، والباب ليس في حرزه.

وقلنا: إنَّه إن سرق باب حجرة في دار، قطع؛ لأن الدار كلها حرز، وباب الحجرة فيها، فصار سارقها سارقاً من الحرز، فلذلك أوجب[1] فيه القطع.

مسألة: في السرقة من دار بها حُجر كثيرة أو ليس لها باب

قال: ولو أن قصراً كان فيه حُجرٌ متفرقة لأقوام متفرقين، فسرق سارق من بعض الحجر متاعاً، وأخرجه إلى وسط القصر، لزمه القطع، وذلك أن كل حجرة حرزاً لواحد على حالها، فإذا سرق منها، وأخرج المسروق إلى القصر، كان هاتكاً للحرز، فلزمه القطع.

قال: فإن كانت الحُجر كلها مع القصر في يد إنسان واحد، فسرق سارق من بعض الحجر شيئاً، وأخرجه إلى وسط القصر، لم يلزمه القطع، وإن أخرجه من القصر، لزمه القطع، وذلك أن الحجر كلها مع القصر حرز واحدٌ، فما لم يخرج من القصر، فلا قطع عليه؛ لأنَّه لا يكون أخرجه من الحرز، فإن أخرجه من القصر، لزمه القطع؛ لأنه يكون قد أخرجه من الحرز.

قال: ولو أن سارقاً دخل بيتاً ليس عليه باب، فأخرج المتاع منه، لزمه القطع؛ لأن البيت حرزٌ، كان عليه الباب، أو لم يكن.

وجميعه منصوص عليه في المنتخب[2].

مسألة: في السرقة من الحظائر والمراتع والمسارح

قال: ومراحات الإبل والغنم التي عليها حظائر تكون حرزاً، وما سرق منها من الحيوان، لزم فيه القطع، وهذا قد مضى كلامنا فيه.

قال: فأما المراتع، والمسارح، فلا تكون حرزاً؛ لأنها صحارى، وذلك مما لا خلاف

---

(١) في (ب): أوجبنا.

(٢) انظر المنتخب: ٤٠٩، ٤١١.

فيه. وجميعه منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[1].

مسألة: في من سرق مقدار ماله من غريمه

قال: ولو أن رجلاً كان له على آخر دراهم، فسرق منه مقدار ما له عليه، أو دونه، لزمه القطع، إذا كان المسروق مقداراً يلزم فيه القطع.

وهو منصوص عليه في المنتخب[2].

وذلك أنَّه /١٥٠/ سارق، فلزمه[3] القطع، لقول الله - عز وجل -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة ٣٨)، فكون حقه عليه لا يخرجه من كونه سارقاً.

فإن قيل: ألستم قلتم إن العبد لو سرق من شريك سيده مقدار ما لسيده فيه، فلا قطع عليه، فكيف أوجبتم القطع على هذا الذي سرق من غريمه؟.

قيل له: لأنَّ ذلك العين كان فيها حق لسيده ونصيب، وهذا السارق لا حق له في العين المسروقة، وحقه ثابت في ذمة غريمه، فلم يشبهها، ووجب القطع على هذا السارق؛ لأنَّه سرق مال غيره على وجه الظلم، وأخرجه من الحرز.

مسألة: في من يسرق المملوك

قال: وإذا سرق مملوكاً صغيراً من حرزه، وجب عليه القطع، ومن سرق مملوكاً كبيراً، فأخرجه[4] من الحرز طوعاً، فلا قطع عليه، وإن أخرجه كرهاً، فعليه القطع، والصغير هو الذي لا يعقل، ولا ينبئ عن نفسه.

سرقة المملوك الصغير منصوص عليه في الأحكام والمنتخب، وما بقي نص عليه في الأحكام فقط[5].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٦، والمنتخب: ٤١٠.

(٢) انظر: المنتخب: ٤١٠.

(٣) في (ب): يلزمه.

(٤) في (ب): وأخرجه.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٥ - ٢٥٦. والمنتخب: ٤٠٦.

وبه قال أبو حنيفة، والشافعي؛ لأنَّه بمنـــزلة البهيمة، قال أبو يوسف: لا يقطع إذا كان الصغير كذلك، فأما إذا كان كبيراً، ومعناه أن يكون بحيث يعقل وينبئ عن نفسه، سواء كان بالغاً، أو غير بالغ، فلا قطع فيه عند أبي حنيفة والشافعي.

والدليل على لزوم القطع فيه قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾، وسارق الكبير أيضاً سارق، فلزمه القطع.

فإن قيل: هو مناهب[1]، وليس بسارق.

قيل له: كونه مناهباً[2] لا يخرجه أن يكون سرقه من صاحبه، ألا ترى أن البهيمة لو امتنعت عليه، وأكرهها على الخروج من الحرز، كان سارقاً، فكذلك إذا أكره العبد، وأيضاً هو مالٌ أخرجه من الحرز على وجه الاستخفاء من صاحبه، فوجب أن يلزمه القطع، دليله البهيمة، والمملوك الصغير الذي لا ينبئ عن نفسه، فأما إن خرج طوعاً، فلا خلاف في أنَّه لا قطع عليه؛ لأنَّه خرج باختياره، وليس السارق مخرجاً له.

قال: ويجب أن يثبت الإكراه بشهادة[3] شاهدين، أو إقرار السارق مرتين، فإن رجع عن الإقرار، قُبل رجوعه، وهو منصوص عليه في الأحكام[4].

وذلك أن معنى السرق في هذه المسألة هو الإكراه على الخروج، فلا يثبت ذلك إلاَّ بما تثبت به السرقة من شهادة شاهدين، أو إقرار السارق مرتين على ما سلف القول فيه، ويقبل رجوعه بعد الإقرار على ما مضى القول فيه، وذلك لدرء القطع دون ضمان العبد إن كان أقر بإخراجه، وإن لم يقر بالإكراه؛ لأنَّه يكون غاصباً، فعليه ضمانه.

---

(١) في (أ): مباهت.

(٢) في (أ): مباهتاً.

(٣) في (أ): أن يثبت بشهادة.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٦.

مسألة: فيمن سرق حراً

قال: ولا قطع على من سرق الحر، هذه رواية الأحكام[١]. وقال في (المنتخب)[٢]: عليه القطع، قال مالك مثل رواية (المنتخب)، والصحيح ما في (الأحكام)، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي.

والدليل على ذلك: قول النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا قطع فيما دون عشرة دراهم».و/١٥١/قوله – عليه السلام – فيما رواه عنه ابن مسعود: «لا تقطع اليد إلاَّ في دينار، أو عشرة دراهم».وعن علي – عليه السلام –: لا قطع في أقل من عشرة دراهم، والأخبار في هذا المعنى كثيرة، فإذا ثبت ذلك، وثبت أن الحر لا يصح تقويمه، ثبت أنَّه لا قطع على سارقه، وإذا ثبت أن المال لا قطع فيه حتى تكون له صفة زائدة على كونه مالاً، فما ليس بمالٍ أولى ألا يقطع فيه.

فأما وجه ما في (المنتخب)، فهو التعلق بظاهر الآية، ولا يمتنع أن يقال فيه إن الدية تجري مجرى القيمة.

مسألة: :في سرقة الفواكه والثمر

قال: ولو أن رجلاً سرق فواكه من أشجارها، أو ثمر زروع قبل جذاذها، لم يلزمه القطع، وإن سرقها من حرزها، وكذلك إن قطع شجراً أو غصناً من شجرة، فلا قطع عليه فيه.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٣].

وذلك كله يقول به أبو حنيفة، قال الشافعي: في جميعه القطع إذا كان في حرز.

ووجه ما ذهبنا إليه: ما رواه رافع بن خديج، قال: قال رسول الله – صلى الله

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٥.

(٢) انظر: المنتخب: ٤٠٦.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/٢٥٧، والمنتخب: ٤٠٥ – ٤٠٦.

عليه وآله وسلم -: «لا قطع في ثمرٍ ولا كثر»[١]. والكثر: الجمَّار، وقيل النخل.

وما رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لما سئل عن الثمر المعلق، قال: «لا قطع فيه إلاَّ ما أواه الجرين، وبلغ ثمن المجن، ففيه القطع».فصار ذلك أصلاً في كل ما كان من الثمر معلقاً على شجره، أو قائماً على[٢] منبته ومزرعته؛ أنَّه لا قطع فيه، سواء كان في حرز، أو في غير[٣] حرز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نفى[٤] القطع عنه[٥].

قال: فإن سرق من فواكه قد قطعت، ووضعت في الحرز، ففيها القطع، ولا فصل بين أن تكون الفواكه رطبة أو يابسة، وكذلك إذا كان زرعاً سرق منه بعد ما حصد، أو جذّ، أو حطب[٦] بعد ما قطع، ووضع في الحرز، لزم فيه القطع، ويجب القطع في اللحم إذا سرق، وفي كل ما يجوز للمسلمين تملكه إذا سرق القطع، إلاَّ ما بيناه من الثمار وما كان في حكمها من الجمار وغيره من البصل، والجزر، والقثاء، والبطيخ، وما أشبه ذلك ما دام في مزرعته.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٧].

ذهب الشافعي إلى إيجاب القطع في كل ما قلنا إنَّه يقطع فيه، فأما أبو حنيفة، فإنه منع القطع في الفواكه الرطبة، واللحم، وكل ما يسرع إليه الفساد، ولم يكن مُعدّاً للتبقية، وفي الخشب إلاَّ الساج، وروي عنه أيضاً أنَّه قال: لا قطع في النورة، والزرنيخ، وما أشبهها.

والدليل على وجوب القطع في كل ما ذكرناه: قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ (المائدة ٣٨)، فلم يخص جنساً من جنس، فاقتضى عموم الآية قطع جميع ما قلنا إن

---

(١) أخرجه الترمذي ٥٢/٤ والدارمي ٢٢٨/٢ والبيهقي ٨/ ٢٦٢ وأبو داود ١٣٦/٤ والنسائي ٣٤٤/٤.

(٢) في (أ): في.

(٣) في (أ): أو غير.

(٤) في (أ): غير نفي. وشكل عليها.

(٥) في (ب): منه.

(٦) في (أ): ما حصد أو جذعاً أو حطباً.

(٧) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٧. والمنتخب: ٤٠٦، ٤٠٨.

فيه القطع، ويدل عليه قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تقطع يد إلاَّ فيما بلغ ثمن المجن».وروي: «إلاَّ في ثمن المجن».فاعتبر - صلى الله عليه وآله وسلم - المقدار، ولم يعتبر الأجناس، وقال: «فإذا أواه الجرين، وبلغ ثمن المجن، ففيه القطع».فاعتبر المقدار، والحرز، وألا يكون مأخوذاً عن شجره، ولم يعتبر كونه رطباً /١٥٢/، أو يابساً، ولم يعتبر الجنس[(١)]، فكل ذلك يدل على صحة ما قلناه من إيجاب القطع في ذلك أجمع.

فإن قيل: روي عن عائشة أنها قالت: لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الشيء التافه اليسير.

قيل له: كذلك نقول، ونعتبر أن تكون قيمته عشرة دراهم، وما بلغت قيمته عشرة دراهم، فليس بتافه، على أن الفواكه الرطبة وسائر ما اختلفنا فيه مما يتمول، ويتنافس عليه، ويرغب فيه، فلا وجه لقول من قال: إنها من الأشياء التافهة، وأيضاً لا نختلف في أن القطع يجب في الفواكه اليابسة، وفي خشب الساج إذا بلغت قيمته عشرة دراهم، فكذلك سائر ما اختلفنا فيه؛ والعلة أنَّه مما يصح[(٢)] للمسلمين تملكه وبلغت قيمته عشرة دراهم، وأيضاً لا خلاف بيننا وبينهم في أن الفواكه الرطبة إذا بلغت قيمتها عشرة دراهم يجوز أن تجعل مهراً، فكذلك يجب القطع بها، والعلة أن كل واحد منهما استباحة عضو يتعلق بمال.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا قطع في طعام».

قيل له: إن ثبت الخبر، كان مخصوصاً بما ذكرناه، وكان محمولاً على الثمار المعلقة على الأشجار، وعلى اليسير منه، وحكى أبو بكر عن أبي يوسف أنَّه يقطع في كل شيء، إلاَّ التراب، والسرقين[(٣)]، والطين، والذي يجيء على[(٤)] أصولنا أن الطين الذي

---

(١) في (ب): الأجناس.

(٢) في (ب): يحل.

(٣) السِّرْقِين بالكسر وقد يفتح: مُعَرَّب سركين معروفٌ. ويقال أيضاً بالجيم بدل القاف. انظر تاج العروس ١٣/٢١٤.

(٤) في (أ): والذي على.

يعد مالاً كالطين الأرضي والطين المختوم الذي يتداوى به، والخراساني منه، يجب فيه القطع؛ لأن كل ذلك مما يتمول ويقوَّم بعد ويباع وزناً[١].

مسألة: في المسلم يسرق خمر الذمي

قال: ولو أن مسلماً سرق من ذمي خمراً في بلد يجوز للذمي أن يسكن فيه، لزمه القطع، فإن سرق ذلك منه في بلد لا يجوز للذمي أن يسكن فيه، لم يلزمه القطع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٢].

قال أبو حنيفة: لا قطع فيها، وأظنه قول الشافعي.

ووجه ما ذهبنا إليه: عموم[٣] قوله - عز وجل -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة ٣٨)، وأيضاً هو مال لهم، ونحن قبلنا عهدهم على ألا يُمنعوا من أموالهم، فالسارق لها سارق مالٍ يلزمه القطع.

فإن قيل: هي وإن كانت مالاً لهم، فليست مالاً لنا.

قيل له: إنَّما نعتبر أن يكون المال مالاً للمسروق منه دون السارق، فلا معنى لهذا الاعتبار، فأما إذا سرق في بلد لا يجوز لهم أن يسكنوه، فلا قطع؛ لأنَّه متعدٍ بإدخال الخمر إليه، وللمسلم أن يتناولها ويريقها[٤]، فصار بمنــزلة من سرقها من مسلم في أنَّه لا قطع عليه فيها؛ لأن له فيها حق الأخذ للإراقة.

مسألة: في المواضع التي لا يجوز لأهل الذمة سكناها

قال: والمواضع التي لا يجوز لأهل الذمة أن يسكنوها ويبنوا فيها البيع والكنائس هي المواضع التي اختطها المسلمون وابتدعوها.

---

(١) في (أ): مما يتحول ويعد ديباج وزناً.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٤ - ٢٥٥.
(٣) سقط من (ب): عموم.
(٤) في (أ): أو يريقها.

وهو منصوص عليه في الأحكام[١].

والأصل في هذا: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما أمر بإخراج المشركين من جزيرة العرب، ومنعهم من دخول الحرم، صار ذلك أصلاً في منعهم من كل /١٥٣/ بلد تختص بالمسلمين، والاختصاص على وجهين: قد يكون بأن يخصصهم الشرع كالحرم، وجزيرة العرب، وقد تكون الخطة للمسلمين دون من سواهم، فأي بلد اختص بالمسلمين بواحد من الوجهين يُمنع أهل الذمة أن يسكنوه ويبنوا فيه البِيَع والكنائس.

مسألة: في سرقة الطيور

قال: وفي الطيور إذا سرقت من حرزها القطع، سواء كانت مقصوصة، أو طيارة.

وهو منصوص عليه في المنتخب[٢].

قال أبو حنيفة: لا قطع فيها، لنا قوله - عز وجل -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(المائدة: ٣٨) وأن الطيور من جملة الأموال التي تتمول، وتباع، وتشترى، وتدخر، فأشبهت سائر الأموال من الأنعام والأغنام وغيرها.

فإن قيل: روي عن علي - عليه السلام - وعثمان لا قطع في طير ولا صيد.

قيل له: لم يثبت الخبر عندنا[٣]، ولو ثبت، كان معناه قبل أن يملك، كأن تكون طيراً، أو صيداً يأوي إلى دار إنسان فيدخلها السارق، فيأخذها منها.

مسألة: في حكم من قطع الطريق في المصر

قال: وحكم من قطع الطريق في المصر حكم السارق ولا يكون حكمه حكم المحارب.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٥٤ - ٢٥٥.

(٢) انظر: المنتخب: ٤٠٨ - ٤٠٩.

(٣) سقط من (أ): عندنا.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً؛ لأن حكم المحاربين إنَّما هو في الذين يقطعون الطريق بحيث لا يمكن الاستغاثة بالمسلمين، فأما المكابرون في المصر، فإنهم يجري عليهم أحكام السراق إن سرقوا، أو أحكام المختلسين إن اختلسوا، أو المنتهبين إذا انتهبوا.

مسألة: في سرقة الأب على الابن والعكس

قال: ولا قطع على الأب فيما سرق من مال ابنه، وعلى الابن القطع[٢] فيما سرق من مال أبيه.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٣].

أما الأب إذا سرق ابنه، فلا أعرف خلافاً في أنَّه لا قطع عليه.

ووجهه: حصول الشبهة فيما تناول، لقوله «أنت ومالك لأبيك» فأضاف المال إلى أبيه، فصار ذلك أقل ما فيه شبهة يدرأ بها عنه القطع.

وأما الابن، فقد قال أبو حنيفة: إنَّه لا يقطع إذا سرق مال أبيه، وكذا قوله في كل ذي رحم محرم، وذلك لا معنى له عندنا؛ لأنَّه سارق، ولا شبهة فيما سرق، ألا ترى أن الأب لو زنى بجارية ابنه، سقط عنه الحد للشبهة، ولو زنى الابن بجارية أبيه، لم يسقط الحد عنه، فكذلك القطع.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا مِن بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ﴾(النور ٦١)، فصار ذلك شبهة توجب درء القطع، فكذلك ما ذكرتموه.

(قيل له: فقد قال الله في آخر الآية: ﴿أَوْ صَدِيْقِكُمْ﴾، وهم لا يجعلونه شبهة، ولا يقولون به)[٤].

---

(١) انظر: المنتخب: ٤٠٩.

(٢) في (أ): ولا على الابن، والصواب ما أثبتنا.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٨. والمنتخب: ٤١١.

(٤) سقط ما بين القوسين من (ب). وظنن عليها في هامشها.

باب القول فيمن يقتل حداً

من ارتد عن دين الإسلام، لزمه القتل - رجلاً كان، أو امرأة - بعد أن يستتاب، فإن تاب /١٥٤/ خلي سبيله، وإن أصر على الردة، ضربت عنقه.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

أما الرجل إذا ارتد عن الإسلام، فلا خلاف بين المسلمين في لزوم القتل له، لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل دم امرئ مسلم إلاَّ في ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس»[٢].

فأما المرأة إذا ارتدت، فقد اختُلف فيها، قال الشافعي مثل قولنا إنها تقتل، وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا تقتل، واختلفت الرواية عن أبي يوسف، وقال القاسم - عليه السلام -: لا تقتل.

والدليل على أنها تقتل: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من بدل دينه فاقتلوه»[٣]. و(مَن) للذكر والأنثى، فعمومه يوجب ما قلناه، وكذلك قوله: «لا يحل دم امرئ مسلم إلاَّ في إحدى ثلاث: كفر بعد إيمان..» وذلك عام في الرجال والنساء، وإن كان اللفظ بلفظ التذكير، ألا ترى في قوله (لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ بطيبة من نفسه) استوى فيه الرجال والنساء، وكذلك قوله: «أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس» يشترك فيه الرجال والنساء، فكذلك قوله: «أو كفر بعد إيمان» يبين أن «مَن» للرجال والنساء قوله - عز وجل -: ﴿مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾ و﴿مَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ﴾(الأحزاب ٣٠ - ٣١).

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٧، ٢٨٠. والمنتخب: ٣٨١.

(٢) أخرجه الحاكم ٤/٣٩٠ والدارمي ٢/٢٢٥ والترمذي ٤/٤٦٠ وأبو داود ٤/١٧٠ والنسائي ٢/٢٩٢ عن عثمان بن عفان.

(٣) أخرجه البخاري ٣/١٠٩٨ وابن حبان ١٠ / ٣٢٧ والترمذي ٤/٥٩ والنسائي ٢/٣٠١ والحاكم ٣/٦٢٠ عن ابن عباس.

فإن قيل: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من بدل دينه فاقتلوه» لا عموم له؛ لأن القتل لا يجب بالتبديل، ألا ترى أنَّه لو عاد إلى الإسلام، لم يقتل،وأنه يجب القتل للمقام على الكفر، والإصرار به.

قيل له: هذا غلط، يبين ذلك أن القتل يلزمه، لكن التوبة تسقطه كما تسقط ما يلزم المحارب إذا تاب من قبل أن يُقدر عليه، وإن كان قد استحقه بالمحاربة المخصوصة، ألا ترى أنَّه لو ارتد عن الإسلام، ثُمَّ أقام على الردة، وأصرَّ عليها، وانفلت من يد الإمام، ثُمَّ جاء مسلماً تائباً، لم يجب قتله، فلو دل ما قلت على أنَّه لم يستحق القتل بنفس الردة، لوجب أن يدل على أنَّه لم يستحقه بالمقام على الكفر أيضاً، فبان أن الصَّحيح ما قلناه من أنَّه يستحق القتل على نفس الردة التي هي التبديل، وإن كانت التوبة تسقطه، كما أن توبة المحارب تسقط ما استحقه من القتل، والصلب، وقطع اليد والرجل من خلاف، فإذا ثبت ذلك، صح التعلق بعموم الخبر، وثبت ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه نهى عن قتل النساء والولدان[1]، وذلك عام في جميعهن.

قيل له: ذلك وارد في نساء أهل الحرب لم تختلف الرواة، فروى ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كان في بعض المغازي فوُجدت امرأة مقتولة، فنهاهم عن قتل النساء، والصبيان[2].

وعن كعب بن مالك أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق - حين خرجوا إليه - عن قتل النساء والولدان[3].

وعن ابن أبي بريدة[4]، قال: كان إذا بعث رسول /١٥٥/ الله - صلى الله عليه

---

(١) أخرجه أبو عوانة ٢٢١/٤ وابن أبي شيبة ٤٨٤/٦ والطحاوي ٢٢١/٣ عن ابن عمر.
(٢) انظر التخريج السابق.
(٣) أخرجه أبو عوانة ٢٢١/٤ والطحاوي ٢٢١/٣.
(٤) في (أ): وعن ابن بريدة.

وآله وسلم - سرية، قال لهم: «لا تقتلوا وليداً، ولا امرأة»[١].

وعن أبي سعيد الخدري، قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن قتل النساء والولدان، وقال: «هما لمن غلب»[٢].

وعن حنظلة الكاتب، قال: كنت مع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فمر بامرأة لها خَلق، وقد اجتمعوا عليها، فلما جاء، أفرجوا[٣] له، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ما كانت هذه تقاتل»، ثُمَّ اتبع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - «ألاَّ تقتلوا امرأة[٤] ولا عسيفاً»[٥]. فوضح بما[٦] بيناه أن ذلك وارد في نساء أهل الحرب، وذلك مما لا يخالف فيه أحد، ولا يجوز أن يعترض به على عموم[٧] قوله: «من بدل دينه فاقتلوه».

فإن قيل: نحن لا نرى قصر الحديث على السبب الوارد فيه إذا كان له عموم.

قيل له: لا ننكر ذلك، لكن لا يُعارض به العموم[٨] الوارد لا على السبب، بل يكون العموم الوارد على الإطلاق أولى في غير السبب، ألا ترى أنا جميعاً ننجس الماء الذي وقعت فيه النجاسة لعموم قوله - عز وجل-: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ﴾[٩] الأعراف ١٥٧)، ولا يعترض عليه بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الماء طهورٌ لا ينجسه شيء» لوروده على سبب خاص.

---

(١) أخرجه مسلم ١٣٥٧/٣ وابن حبان ٤٠٢/١١ وأبو عوانة ٢٠١/٤ والترمذي ٢٢/٤ والنسائي ١٧٢/٥ وأبو داود ٣٧/٣ عن سليمان بن بريدة عن أبيه.

(٢) أخرجه الطحاوي ٢٢١/٣ والطبراني في الأوسط ٢٩٠/٤.

(٣) في (ب): فرجوا.

(٤) في (ب): وليداً.

(٥) أخرجه ابن حبان ١١٢/١١ والحاكم ١٣٣/٢ والنسائي ١٨٧/٥ وابن ماجه ٩٤٨/٢ إلا أن فيها : ذرية ولا عسيفا.

(٦) في (ب): ما.

(٧) سقط من (ب): عموم.

(٨) في (أ): لا يعارض العموم به.

(٩) سقطت الآية من (أ).

فإن قيل: فابن عباس هو الذي روى «من بدل دينه فاقتلوه» وهو لا يرى قتل المرتدة.

قيل له: يجوز أن يكون خصه بضرب من الاجتهاد، ولا يلزمنا أن نقلده في اجتهاده، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن[1] قتل الشيخ الفاني، وهذا لا يدل على أنه إذا ارتد لم يقتل، وكذا نهى عن قتل العسفاء، فعلى هذا يجب أن يجري نهيه عن قتل النساء، وأيضاً قد ثبت أن الرجل لزمه القتل بخروجه من الإسلام إلى الكفر، وأيضاً قتل المرتد حد من الحدود، بدلالة أنَّه عقاب مخصوص على فعل مخصوص لا يستوفيه إلاَّ الإمام، فيجب[2] أن يستوي فيه الرجال والنساء، دليله الرجم، ويؤكد ذلك أن الشرع لم يفصل في شيء من العقوبات في دار الإسلام بين الرجال والنساء.

فإن قيل: الرجل إنَّما[3] حقن دمه بالإسلام، فإذا ارتفع الإسلام عنه، عاد دمه مباحاً بارتفاع الإسلام[4] كما كان في الأصل، وليس كذلك المرأة؛ لأن حقن دمها لم يكن بالإسلام، فلا يجب أن يصير دمها مباحاً بارتفاع الإسلام عنها.

قيل له: هذا غلط، وذلك أن في الرجال من لم تكن دماؤهم محقونة بالإسلام، كالرهبان، والشيخ الفاني، والعسفاء، ومن أسلم من هؤلاء، ثُمَّ ارتد، لزم قتله، على أن المرتد والمرتدة لا تكون دماؤهم[5] مباحة، ألا ترى أنَّه لا يريقها إلاَّ الإمام، فقتلهم إذاً يجري مجرى الرجم.

فإن قيل: الشيخ الفاني إما أن يكون ذا رأي مثل دريد بن الصمة، أو يكون زائل العقل، فإن كان ذا رأي، قتل، وإن كان زائل العقل، لم يقتل في الردة.

قيل له: هاهنا ثالث، وهو أن يكون ممن لا رأي له /١٥٦/ ينتفع به في الحرب

---

(١) في (ب): من.
(٢) في (ب): فوجب.
(٣) في (ب): أيضاً.
(٤) سقط من (ب): بارتفاع الإسلام.
(٥) في (ب): دماؤهما.

والقتال، ويكون له من العقل ما يثبت معه التكليف، ولا خلاف بين المسلمين أن الشيخ الفاني إذا كان بهذه الصفة لا يقتل في دار الحرب، ويقتل في الردة.

فإن قيل: الراهب إذا أسلم، زالت رهبانيته، فبطل تعلقكم به.

قيل له: لا يمتنع أن يسلم، ثُمَّ يرتد، ويعود إلى رهبانيته، فلا تمنعه رهبانيته عن قتله في الردة، وإن منعت عن قتله في دار الحرب.

مسألة: في حد الزنديق والساحر والديوث

قال: والقول في الزنديق، والساحر، والديوث، كالقول في المرتد.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

أما الزنديق، فهو مرتد؛ لأنَّه جاحد لله - عز وجل - وكتبه، ورسله، فيجب أن يقتل كما يقتل المرتد، لا خلاف في ذلك بين المسلمين، ومنهم الباطنية؛ لأن فيهم من يبطل الشرائع[٢] ويتأول لها تأويلات، وذلك منهم ردة، ومنهم من ينكر الصانع، وعامتهم على إنكار الرسل، فكلهم مرتدون يجب على الإمام قتلهم كما يجب قتل سائر المرتدين، لا خلاف في ذلك بين المسلمين، ويدل على ذلك «من بدل دينه، فاقتلوه».وروي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - أنَّه حرق زنادقة من السواد بالنار [٣]. وقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾(التوبة: ٥)، ولا خلاف بين المسلمين في أنهم مشركون.

وأما الساحر، فقد روى محمد بن منصور بإسناده، عن علي، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لما سئل عن الساحر فقال: «إذا جاء رجلان فشهدا عليه، فقد حل دمه»[٤].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٦ - ٢٤٧. والمنتخب: ٣٨١.

(٢) في (أ): الشريعة.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد الساحر والزنديق.

(٤) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢١٧/٤.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «حد الساحر القتل»[١].

واعلم أن السحر إنَّما هي حيل وتمويهات من جنس الشعبذة، وربما أوهموا أنهم يحيون الميت، وأنهم يبدلون الخلق، وأنهم يخرجون بعض الحيوان في صور البعض، وأنهم يركبون الجمادات فتسير بهم، وأنهم يجعلون الإنسان في صور بعض الحيوان، وأنهم يجعلون الجمادات إنساناً، وروي أن سحرة فرعون كانوا خرزوا جلوداً على هيئة الحيات، وحشوها بالزئبق، وطرحوها في الشمس، فجعلت تلتوي، فخُيل إلى العامة أنها حيات[٢]، فمن فعل ذلك، أو شيئاً منه مظهراً أن له حقيقة، فهو الساحر المرتد الذي يحل دمه، ويجب قتله على الإمام كما يجب قتل المرتد؛ لأن أكثر ذلك مما لا شبهة في أنَّه لا يقدر عليه إلاَّ الله - عز وجل - ومن ادعى أنَّه يفعل شيئاً من ذلك - أعني إحياء الميت، وتبديل الخلق، وإخراج الإنسان في صورة بعض الحيوان - فقد ادعى الربوبية، وكفر بالله العظيم، وصار مرتداً يلزم قتله، فأما من أوهم فعل تلك الأشياء، وأقر مع فعله أنَّه تمويه، وحيلة، وخفة اليد، فهو مشعبذ، وليس بساحر، ولا يحل قتله، وللإمام أن يؤدبه إن رأى ذلك، وقد /١٥٧/ رأيت مشعبذاً دقيق الشعبذة فكان كلما فعل فعلاً من ذلك، قال هو مليح، ولكنه ربح، فكان يقر أنه حيلة، وخفة يد، وأنه لا حقيقة له، فمن كان كذلك، لم يكن ساحراً، و لم يحل قتله.

وأما الديوث، فهو الذي يُمكِّن الرجال من حرمته[٣]، فيجب قتله؛ لما روى محمد بن منصور بإسناده، عن عبد الله بن حسن، عن أبيه حسن بن الحسن، عن علي بن أبي طالب - عليهم السلام -[٤]، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم-: «اقتلوا الديوث حيث وجدتموه»[٥].

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد الساحر والزنديق.

(٢) في (أ): أنها صارت حيات.

(٣) في (ب): حرمه.

(٤) سقط من (ب): - عليهم السلام -.

(٥) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢٢١/٤.

مسألة: فيمن استحل الكبائر، أو سبَّ النبيَّ (ص)

قال[١]: والقول فيمن استحل الخمر، أو لحم الخنــزير، أو غيرهما، مما يجري مجراهما، أو سب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كالقول في المرتد.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢].

أما من استحل الخمر، أو لحم الخنــزير، فإنه مرتد يلزم قتله، لا خلاف فيه بين المسلمين، وذلك أن تحريم هذين يعلم من دين النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ضرورة، فكل من حرّم ما عرف تحليله من دين النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ضرورة، أو حلّل ما عُرف تحريمه من دينه ضرورة، يكون مكذباً، والمكذب له كافر بإجماع المسلمين، فكذلك قلنا: إذا قال ذلك بعد الإسلام، فهو مرتد يجب قتله، والمراد بقولنا: «أو ما يجري مجراهما» كل شيء عرف تحليله أو تحريمه ضرورة من دين النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فالمنكر[٣] له مرتد.

وأما من سب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فيجب قتله، ويكون مرتداً إذا سبه بعد الإسلام؛ لما روي عنه «من سبني فاقتلوه». وروي أن رجلاً كانت له أم ولد تشتم النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقتلها، فأهدر النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - دمها[٤]، فدل ذلك على أن شتمه يوجب الردة.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «من شتم نبياً، قتلناه»[٥].

---

(١) سقط من (أ): قال.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٧٣ - ٢٧٤، ٢٨٢ - ٢٨٣. والمنتخب: ٣٨٢.

(٣) في (أ): والمنكر.

(٤) أخرجه الحاكم ٣٩٤/٤ والبيهقي ٦٠/٧ والدارقطني ١١٢/٣ وأبو داود ١٢٩/٤ والطبراني في الكبير ٣٥١/١١ عن ابن عباس.

(٥) في (ب): فاقتلوه. ونبه على في الهامش: (قتلناه). والرواية في مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد الساحر والزنديق.

وروي أن رجلاً اعترض أبا بكر، فقال له أبو بردة: دعني أضرب عنقه يا خليفة رسول الله، فقال: ما كان ذلك لأحد بعد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ولم يرو خلاف ذلك عن أحد من الصحابة، فصار ذلك إجماعاً، فثبتت[1] ردة من سبه - صلى الله عليه وآله وسلم -.

قال: ويستحب أن يستتاب كل واحد منهم ثلاثة أيام، فإن أبى التوبة، قتل بعد الثلاثة، وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

وعند أبي حنيفة والشافعي أيضاً يستتاب، وحكي عن الإمامية أنَّه إن كان مسلماً ابن مسلم، لم يستتب، فإن[3] كان أسلم هو بنفسه، استتيب، وعن قوم من أصحاب الحديث أن ردته إن ثبتت بالشهادة، لم يستتب، وإن ثبتت بإقراره، استتيب، وقال قوم في الباطنية إنهم لا يستتابون؛ لأنهم أبداً على إظهار الإسلام.

والدليل على وجوب الاستتابة قول الله تعالى: ﴿**قُلْ لِلَّذِيْنَ كَفَرُوا إِن يَّنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ**﴾(الأنفال ٣٨)، فأمر /١٥٨/ - عز وجل - نبيه أن يقول لهم ذلك، وهذا معنى الاستتابة، ولم يخص كافراً من كافر، فكان عاماً في جميع الكفار.

ووجه استتابته[4] ثلاثة أيام، - والمراد بالاستتباب هو تكرار الاستتابة ثلاثة أيام - أن الله جعل ذلك في القريب بقوله في قصة صالح: ﴿**وَلا تَمُسُّوهَا بِسُوءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ**﴾ ثُمَّ قال - عز وجل -: ﴿**فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِيْ دَارِكُمْ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ**﴾ (هود ٦٤ - ٦٥) وذلك أيضاً بمعنى الاستتابة، وقال موسى صلى الله عليه لصاحبه في الثالثة: ﴿**قَدْ بَلَغْتَ مِن لَدُنِّي عُذْراً**﴾(الكهف:٧٦)، فدل ذلك على أن العذر في الثالث.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه كان يستتيب المرتد ثلاثة أيام، فإن[5] تاب و إلا قتله، وقسم ماله بين ورثته من

---

(١) في (أ): وثبت.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٧٣، ٢٨٣.
(٣) في (أ): وإن.
(٤) في (ب): الاستتابة.
(٥) في (ب): ثلاثاً فإن.

المسلمين[١]. فعم و لم يخص، وروي عن عمر، وابن عباس أنَّه يستتاب ثلاثة أيام، ويحبس، وروي عن عمر أنَّه قال في مرتد: هلا حبستموه في بيت ثلاثاً فأطعمتموه كل يوم رغيفاً، لعله يرجع، أو يتوب، اللهم إني لم أشهد، و لم أرض.

وأما الباطنية، فالأقرب عندي أنهم يستتابون؛ لأنَّ أحوالهم مثل أحوال المنافقين الذين كانوا على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لأنهم كانوا يظهرون الإسلام، ويبطنون الكفر، وكانت كلمة الكفر تبدر منهم في الوقت بعد الوقت كما تبدر من الباطنية، فكانوا إذا أتوا رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - تبرؤا من ذلك، وتستروا بالإسلام، فأجرى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أمرهم على الظاهر، و لم يأمر بقتلهم، فالأقرب عندي أن يجري أمر الباطنية على هذا، والله أعلم، فإن اتفق منهم من يظهر ما في نفسه، ويصر عليه، فإنه يقتل كما يقتل المرتد.

مسألة: في حد المحارب

قال: والمحارب الذي يحمل السلاح، ويخيف المسلمين، ويعزم على قطع الطريق، يُنفى من الأرض، ومعنى النفي الطرد من بلد إلى بلد، وإن أُخذ من قبل أن يحدث حدثاً، عُزر على ما يراه الإمام، وإن أخذه وراء أخذ المال، قطعت يده اليمنى، ورجله اليسرى، وإن ظفر به وقد قَتل، قُتل، ثُمَّ صلب، ولا يصلب حياً.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٢].

والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِيْنَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ..﴾ الآية (المائدة ٣٣)، واختلف الناس في هذه الآية، فمنهم من قال: إنها نزلت في المشركين، ومنهم من قال إنها نزلت في أهل الإسلام، وبه قال يحيى - عليه السلام - وأبو حنيفة، والشافعي، قال يحيى بن الحسين: إنها نزلت في شأن قوم من بجيلة، وذكر أنهم كانوا آخر العرب إسلاماً، و لم يقل إنها نزلت فيهم، قال[٣]: وإنما نزلت

---

(١) في (ب): ورثته المسلمين. وهو في مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب المرتد.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٠ - ٢٦١. والمنتخب: ٤٢٢.

(٣) سقط من (ب): قال.

فيمن فعل مثل فعلهم؛ لأنَّه ذكر أنها نــزلت بعد ما كان منهم ما كان من قتل الرعاء، واستياق الإبل، وبعدما عاقبهم النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بأن قطع أيديهم، وأرجلهم، وسمل أعينهم، وطرحهم في الشمس، فماتوا[١]، فكان هذه الآية نزلت في من فعل مثل أفعالهم ناسخة لما كان النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فعله بهم، والمسلم والذمي في ذلك على سواء[٢]، كما أنهم يتساوون في سائر الحدود.

فإن قيل: اسم /١٥٩/ المحاربة لله ورسوله لا تتناول أهل الذمة[٣].

قيل له: ذلك غير ممتنع؛ لأن الله - عز وجل - لا يحارب في الحقيقة، وإنما المحاربة له - عز وجل - هو محاربة المسلمين، وروي عن علي - عليه السلام - عن النبـــي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من عادى أولياء الله، فقد بارز الله بالمحاربة»[٤].

وروى زيد بن أرقم أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لعلي، وفاطمة، والحسن، والحسين - عليهم السلام-: «أنا حرب لمن حاربكم، وسلم لمن سالمكم»[٥]. ولم يشترط في شيء من ذلك الردة والكفر، وقال الله تعالى في الربا: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ﴾(البقرة ٢٧٩)، على أنَّه إذا ثبت أن اسم المحاربة[٦] يجوز أن يتناول الذمي، والملي، والمشرك، وجب أن تكون الآية عامة[٧] في الجميع.

وتحصيل مذهب يحيى - عليه السلام -: أن من حمل السلاح، وأخاف المسلمين[٨] في غير المصر، وحاول قطع الطريق، إذا أخذه الإمام، أدبه ثُمَّ طرده وغرّبه من بلد إلى

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٠.
(٢) في (ب): ذلك سواء.
(٣) في (أ): لا تتناول الذمة.
(٤) أخرجه الحاكم ٤٤/١ وابن ماجه ١٣٢٠/٢ والبيهقي في شعب الإيمان ٣٢٨/٥ عن معاذ.
(٥) أخرجه الحاكم ١٦١/٣ وابن حبان ٤٣٤/١٥ والطبراني في الصغير ٥٣/٢ والمحاملي في أماليه ٤٤٧/١.
(٦) في (أ): أن المحاربة.
(٧) في (أ): أن تكون عامة.
(٨) في (ب): السبيل.

بلد حتى يبعد، وإن لم يؤخذ، أُتبع بالخيل والرجال حتى يبعد، والفرق بين أن يؤخذ أو ألا يؤخذ إنَّما هو في الأدب والتعزير، فأما الطرد والإبعاد، فهو في الحالين إذا لم يحدث حدثاً غير الإخافة والمحاولة لقطع الطريق، وهذا عنده معنى قوله: ﴿أَوْ يُنفَوا مِنَ الأَرْضِ﴾.

ومن الناس من رأى أن النفي هو الحبس، وبه قال أبو حنيفة: وظاهر الآية يقتضي قول يحيى - عليه السلام - لأن الحبس لا يسمى نفياً، والمحبوس لا يكون منفياً، وإنما النفي هو الطرد والتغريب في اللغة والشرع؛ لأن أحداً لم يتأول قوله: «البكر تجلد وتنفى» على الحبس، وكلٌّ تأوله على التغريب والطرد، من قال إنه من جملة الحد، أو قال: إنَّه ليس من جملته، ولا أعرف بين العلماء خلاف[1] أن قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوا مِنَ الأَرْضِ﴾ أنَّه لمن لم يحدث غير إخافة الطريق، وحمل السلاح.

فإن ظفر به وقد أخذ المال، قطعت يده ورجله من خلاف، وبه قال العلماء، وروي عن علي، وابن عباس، وسعيد بن جبير، على أن قطع اليد والرجل في الشرع لم يجعل حداً لشيء إلاَّ لأخذ المال، فوجب أن يكون ذلك حد من أخذ المال منهم، ويجب أن يكون المأخوذ عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا قطع إلاَّ في عشرة دراهم» وما[2] جرى مجراه من الأخبار، ولما روي «لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الشيء التافه».

وروى محمد بن منصور، عن القاسم إيجاب القطع إذا كان المأخوذ ما يجب فيه القطع، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي.

فإن ظفر به وقد أخذ المال، وقَتل، قُتل، وصلب بعد القتل، وذلك أن القتل لا يستحق إلاَّ بالقتل، وذلك[3] لقوله: «لا يحل دم امرئ مسلم إلاَّ في إحدى ثلاث»،

---

(١) سقط خلاف من النسخ وظنن عليها في (ب).

(٢) في (أ): أوما.

(٣) سقط من (ب): وذلك.

وصُلِبَ بعد القتل تغليظاً؛ لأخذه المال مع القتل، و لم تقطع يده ورجله؛ لأنه لا يجمع عليه بين التغليظين، وأيضاً يدل على ذلك ظاهر قوله - عز وجل -: ﴿أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا (أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ﴾(المائدة ٣٣).

فإن /١٦٠/ قيل: فقد قال الله - عز وجل - ﴿أَن يُقَتَّلُوا أَو يُصَلَّبُوا﴾)[١]، وقد قلتم إنَّه يجمع بين القتل والصلب.

قيل له: قد أجاب[٢] يحيى بن الحسين عن هذا بأن قال: إن «أو» هاهنا بمعنى الواو، وذكر أنَّه شائع في اللغة، وذكر له شواهد[٣].

ووجهه: أن الصلب ليس هو حداً قائماً بنفسه بالإجماع؛ لأنَّه لا يجوز أن يكون حداً لإخافة الطريق، ولا لأخذ المال، ولا للقتل؛ لأنَّه لم يقل أحدٌ إنَّه يصلب، ثُمَّ يترك الشيء من هذه الأشياء، فثبت أنَّه تابع للقتل، وإذا ثبت ذلك، ثبت أن «أو» هاهنا بمعنى الواو للدلالة التي ذكرناها، و لم تقم مثل هذه الدلالة في قوله: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ﴾.

ومن الناس من رأى أن يصلب، ثُمَّ يقتل، بالرمح أو نحوه، وعندنا يقتل ثُمَّ يصلب، وذلك لوجوه:

منها أن القتل يجوز ألا يكون[٤] تابعاً للصلب، بل الصلب هو التابع للقتل؛ لأن القتل واجبٌ في الشرع في مواضع، وهو حكم مستقل بنفسه، والصلب المعرَّى عن القتل لا معنى له، ولا يجب في شيء من المواضع، فوجب أن يكون تابعاً للقتل، ووجب أن يكون القتل مقدماً عليه.

وأيضاً إذا ثبت أن «أو» عند ذكر الصلب بمعنى الواو، ثبت عندنا الترتيب؛ لأن الواو عندنا توجب الترتيب شرعاً، وإن لم توجبه لغة - على ما بيناه في ترتيب

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب). ونبه عليها في الهامش.

(٢) في (أ): أجابه.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦١.

(٤) في (ب): لا يجوز أن يكون.

الوضوء - فصار تقدير الكلام: أن يقتلوا، ثُمَّ يصلبوا.

وأيضاً ما قلنا[١] أولى؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تجعلوا ذا[٢] الروح غرضاً»[٣]. ولقوله: «إذا قتلتم، فأحسنوا القتل، وإذا ذبحتم، فأحسنوا الذبح، ولا تعذبوا خلق الله»[٤].

فإن قيل: لا معنى لصلب الميت.

قيل له: ليس كذلك، بل فيه ردع لغيره، وهو أكبر الغرض، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾(البقرة ١٧٩)، أي رادع عن القتل.

قال[٥] في (المنتخب)[٦]: تضرب رقبته، ووجهه: أن القتل في الشرع إذا كان على أمر مستحق، ولم يكن على سبيل القتال على وجهين: القتل، أو الرجم[٧]، فلما أجمعوا على أنَّه لا رجم على المحارب، ثبت أن الواجب ضرب عنقه.

فصل: في حكم المحاربين إذا كانوا جماعة

قال أبو حنيفة: وإذ قتل بعضهم، أجرى حكمه على الباقين، وهكذا يقول في[٨] جماعة السراق إذا دخلوا الحرز، وأخذ المتاع بعضهم[٩].

قال الشافعي: يعاقب كل ذي جرم بحسب جرمه، والأقرب أن هذا قول يحيى؛

---

(١) في (أ): قلناه.

(٢) سقط من (ب): ذا.

(٣) أخرجه مسلم ١٥٤٩/٣ وابن حبان ١٢ / ٤٢٢ وأبو عوانة ٥٢/٥ والترمذي ٧٢/٤ والنسائي ٧٢/٣ عن ابن عباس.

(٤) أخرجه مسلم ١٥٤٨/٣ وابن حبان ١٩٩/١٣ وأبو عوانة ٤٨/٥ والترمذي ٢٣/٤ والدارمي ١١٢/٢ عن شداد بن أوس.

(٥) في (ب): وقال.

(٦) انظر: المنتخب: ٤٢٢.

(٧) في (ب): وجهين الرجم أو ضرب العنق.

(٨) في (أ): وهكذا في.

(٩) في (أ): وأخذوا المتاع بعضهم.

لتنصيصه في السراق على أن القطع يلزم من بينهم من أخرج المتاع من الحرز، وقد استقصينا هذه المسألة في موضعها، وما ذكرناه هناك يمكن أن يعتمد في مسألة المحاربين، وهو الصَّحيح؛ لقوله - عز وجل -[١]: ﴿وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَ لاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾(الأنعام ١٦٤)، ولا يجوز أن يعاقب من لم يقتل[٢] بالقتل لأن صاحبه قَتل، وألا[٣] يعاقب بالقطع من لم يسرق لأن صاحبه سرق، على أن قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل دم امرئ مسلم إلاَّ في إحدى ثلاث» يوجب منع قتل[٤] من لم يكن منه واحدة من الثلاث.

مسألة: في توبة المحارب قبل الظفر به

قال: فإن أتى الإمام تائباً من قبل أن يظفر به، وقد كان أخذ المال، وأخاف الطريق، وقتل، وجب على الإمام أن يقبل توبته، ويسقط عنه جميع ما ذكرنا من القتل، والقطع، والنفي[٥]، ولم يكن لأحد أن يطالبه /١٦١/ بشيء مما كان منه في حال محاربته، ولو أن إنساناً قتله بعد ذلك لقتل كان منه، قتل الإمام قاتله.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٦].

ووجهه: أن الله تعالى بيَّن بقوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِيْنَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ..﴾ الآية (المائدة/٣٣) أن جزاءهم على أفعالهم التي اكتسبوها بالمحاربة هو ما ذكره، وبيَّن أنَّه جميع جزائهم بإدخال[٧]«إنَّما»؛ لأن «إنَّما» إذا دخل في الكلام دل على أن ما عداه بخلافه، فدل على أن ما عدا ما ذكره ليس بجزاء لهم، وإذا ثبت ذلك، ثبت أنَّه هو الذي يلزمهم في جميع ما فعلوه، وأتوه، ثُمَّ استثنى من تاب من قبل أن يقدر عليه،

---

(١) سقط من (أ): عز وجل.
(٢) في (ب): لا يقتل.
(٣) في (ب): ولا أن.
(٤) في (أ): القتل.
(٥) سقط من (ب): والنفي.
(٦) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٢ - ٢٦٣. والمنتخب: ٤٢٣.
(٧) سقط من (أ): بإدخال.

فمن تاب منهم من[١] قبل أن يقدر عليه، سقط عنه جميع ما لزمه، وانتقل[٢] إلى الحدود بحكم الآية، فدلت هذه الآية[٣] أن جميع ما لزمهم بالمحاربة قد سقط عنهم بتوبتهم قبل القدرة عليهم، على أنا قد بينا أن ما لزمهم من القصاص والضمان قد سقط عنهم بما لزمهم من الحدود المغلظة، ثُمَّ أجمع الجميع أنهم إذا تابوا من قبل أن نقدر عليهم، فقد سقطت عنهم الحدود، ثبت أنَّه قد سقط عنهم جميع ما لزمهم بالمحاربة.

ويدل على أن القصاص والضمان قد سقط عنهم، وصارت الحدود بدلاً لها، أن الإمام إذا ظفر به، لم يكن لأولياء الدم الخيار بين الدية، والعفو، والقصاص، بل لم يكن لهم واحد منهما[٤]، وأنهم إن عفوا، قتلهم الإمام، وإن طلبوا الدية، لم يجبهم إليها، فبان أن حكم القصاص قد سقط عنهم، وإذا سقط حكم القصاص، وصار الحد مبدلاً منه، فكذلك ضمان ما أخذوه؛ إذ لم يفرق أحدٌ بين الضمان والقصاص، فثبت ما ذهب إليه يحيى، وإذا ثبت ذلك، صح ما قاله من أن أحداً لا يطالبه بشيء مما استهلكه؛ لأن ضمانه قد سقط عنه، وثبت أن قاتلاً لو قتله على سبيل القصاص، استقاد له منه الإمام؛ لأنه[٥] قد حقن دمه، وسقط عنه القصاص، قال الجصاص: وروي عن الشعبي أن حارثة بن بدر حارب الله ورسوله، وسعى في الأرض بالفساد، ثُمَّ تاب من قبل أن يقدر عليه، فلم يعرض له إلاَّ بخير.

قال أيده الله: هذا وجه ما قاله يحيى - عليه السلام - والذي أقول به ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنهم إن تابوا قبل أن يؤخذوا، ضمنوا الأموال، واقتص منهم[٦]، ولم يحدوا[٧]. وبه قال العلماء الذين

---

(١) سقط من (أ): من.
(٢) في (أ): جميع ما لزمه من الحدود، وقد كان سقط عنه جميع ما لزمه، وانتقل.
(٣) في (أ): الجملة.
(٤) في هامش (ب) منها.
(٥) في (أ): ولأنه.
(٦) في (أ): واقتصوا منه.
(٧) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب قطاع الطريق.

حفظت أقوالهم مثل أبي حنيفة، والشافعي، وأصحاب أبي حنيفة، وغيرهم؛ لقول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِيْ الْقَتْلَى﴾(البقرة ١٧٨)، ولقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - «على اليد رد ما أخذت» وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاَّ بطيبة من نفسه».

مسألة: في إرسال المحارب بالتوبة

قال: ولو أن المحارب راسل الإمام، وكاتبه بتوبة، وسأل الأمان، لزم الإمام أن يقبل توبته إن رأى ذلك صلاحاً للمسلمين.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وذلك أن الإمام الناظر في أمور المسلمين، والمتحري في مصالحهم[٢]، فإن رأى ذلك صلاحاً، لزمه فعله، وإن رأى ذلك ضرباً من الخديعة من المحارب، أو مؤدياً إلى تجرئة غيره على مثل ما فعله، فله ألاَّ يجيبه /١٦٢/ إليه.

فإن قيل: هل يجوز أن تكون التوبة غير مقبولة؟.

قيل له: أما ما بينه وبين الله تعالى، فهي مقبولة إن كان قد أخلص النية، وإنما للإمام أن يمتنع من أمانه إن رأى ذلك ضرباً من الفساد، فإن هو تاب على البعد، ومن قبل[٣] أن نقدر عليه، حتى ظهر ذلك، وعُرف منه، كان آمناً، وإن لم يؤمنه الإمام؛ لقوله - عز وجل -: ﴿إِلاَّ الَّذِيْنَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيْمٌ﴾(المائدة ٣٤).

قال: فإن أمَّنه الإمام، وقبل توبته، سقط عنه[٤] جميع ذلك.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٥].

ووجهه ما تقدم، فلا غرض في إعادته.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٣. والمنتخب: ٤٢٣.

(٢) في (ب): لمصالحهم.

(٣) في (أ): ومن غير.

(٤) سقط من (أ): عنه.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٣. والمنتخب: ٤٢٣.

مسألة: في توبة المحارب بعد الظفر به

قال: وإن تاب المحارب بعد ما ظفر به الإمام، أقيم عليه جميع ما ذكرنا من الحدود.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ (المائدة:٣٤) فبين أن المسقط لتلك الحدود هو توبته قبل القدرة عليه، فمن لم يتب قبل القدرة عليه، لزمته تلك الحدود بظاهر الآية، وكانت توبته فيما بينه وبين الله مقبولة إن أتى بها بعد القدرة عليه، وأقيمت الحدود عليه كما يقام الرجم على التائب، وكذلك القصاص.

مسألة: في الانتقال من بعض ملل الكفر إلى بعضها

قال:ومن انتقل من بعض ملل الكفر إلى بعض، لم يجب قتله، ووجب تعزيره، وأخذت منه الجزية كما أخذت على الملة الأولى.

وذلك أن القتل إنَّما لزم للخروج عن الإيمان إلى الكفر، وهذا قد خرج من كفر إلى كفر، فلا وجه لقتله.

فإن قيل: هلا قتلتموه لعموم قوله: «من بدل دينه فاقتلوه»؟

قيل له: لأن المراد به ما[٢] قلناه من الخروج عن الإيمان إلى الكفر، ألا ترى أنَّه لو خرج عن الكفر إلى الإيمان، لم يجب قتله، فكذلك من خرج من كفر إلى كفر، والمعنى أنَّه لم يخرج عن الإيمان، فكل تبديل لا يكون خروجاً من[٣] الإيمان لا يجب فيه القتل، على أنَّه لو استحق القتل، لكان لا يخلو من أن يستحقه لخروجه عن الكفر، أو لدخوله في الكفر، ولم يكن معه خروج عن الإيمان، وقد ثبت أن الخروج عن الكفر لا يوجب القتل، ولا شبهة فيه، ولا يجوز أن يوجب القتلَ دخولُه في الكفر؛ إذ لم

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٦٣، والمنتخب: ٤٢٣.

(٢) في (أ): لأن المراد ما.

(٣) في (ب): عن.

يكن معه خروج عن الإيمان؛ لأن ذلك لو أوجب القتل، لأوجب ابتداء بدخوله فيه، ألا ترى أنَّه لم يولد على الكفر، وإنما دخل فيه باختياره؛ لقوله: « كل مولود يولد[١] على الفطرة».

فإن قيل: أليس الكفر عندكم ملل مختلفة، فكيف قلتم ما قلتم؟

قيل له: كونه[٢] مللاً مختلفة لا يوجب قتل من انتقل من بعضها إلى بعض؛ للوجه الذي بيناه، وبهذا القول قال أبو حنيفة وأصحابه، وعللوا أن الكفر ملة احدة.

والإمام يعزره إن رأى أنَّه تَلعُّبٌ منه بالاعتقادات، ورأى ذلك صلاحاً، والجزية تؤخذ منه كما أخذت من قبل؛ لأنَّه لم يفارق الكفر الذي به تعلقت الجزية.

---

(١) سقط من (أ): يولد.

(٢) سقط من (أ): كونه.

باب القول في التعزير

لا يبلغ بالتعزير حدَّ صاحبه حراً كان أو عبداً، بل يكون دونه بسوط أو سوطين على ما يراه الإمام، وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(١).

تحصيل المذهب عندي - والله أعلم - أن ننظر إلى الجناية، والجاني، فإن كانت الجناية من جنس الوطء، وكان الجاني حراً، ضرب أكثر ما يضرب دون المائة بسوط، أو سوطين، وإن كان عبداً، فأكثره دون الخمسين بسوط، أو سوطين، وإن كانت الجناية من جنس الشتم للمسلمين، والتعريض لهم باللفظ القبيح، فأكثره دون الثمانين إن كان حراً، ودون الأربعين إن كان عبداً، وإن كان من جنس السرقة، فقياس قوله أن يكون دون المائة إن كان حراً؛ لأن القطع أعظم من جلد مائة، والله أعلم.

واختلف العلماء في التعزير، فروي عن مالك، وأبي يوسف: أنَّه على ما يراه الإمام بالغاً ما بلغ، وروي أيضاً عن أبي يوسف - وهو الأشهر - خمس وسبعون، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة، ومحمد: دون الأربعين، وأظنه قول الشافعي.

والأصل فيه: ما روي أن علياً - عليه السلام - جلد رجلاً وُجد مع امرأة، ولم تقم الشهادة بالزنى دون المائة بسوط، أو سوطين، وروي أنَّه أفتى بذلك أيضاً، وروى نحوه عن عمر، ولم يحفظ عن غيرهما خلاف ذلك، فجرى مجرى الإجماع، على أن قول أمير المؤمنين عندنا حجة، وكذلك فعله.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله»(٢).

قيل له: إن صح هذا الخبر، فيجب أن يكون منسوخاً، لإجماع المسلمين على

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٣. والمنتخب: ٤١٦.

(٢) أخرجه البخاري ٢٥١٢/٦ والترمذي ٦٣/٤ وأبو داود ١٦٧/٤ وابن ماجه ٨٦٧/٢ عن أبي بردة.

خلافه، على أن خبر الواحد يجب قبوله إذا لم يدفعه أقوى منه، فإذا دفعه الإجماع، لم يجب قبوله.

فإن قيل: روي عن النعمان بن بشير قال، قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - «من ضرب حداً في غير حدٍ، فهو من المعتدين»[1].

قيل له: يحتمل أن يكون أراد به من ضرب حداً كاملاً للجنس الذي له[2] يضرب من غير حد، وهو مما نأباه، ولا نقول به، على أن الحد لا يكون حداً إلاَّ أن يقصد إليه، فظاهر الخبر أنَّه لا يجوز أن يقصد الحد في غير حد، وهذا مما نقول به، ونذهب إليه؛ لأن الواجب أن نقصد التعزير، ونقصره على حد مثله.

قال: وللإمام أن يحبس من وجب عليه التعزير بعد إقامته إن رآه، وهو منصوص عليه في الأحكام[3].

وذلك لما روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - حبس قوماً بالتهمة، وروي أن علياً - عليه السلام - كان يُقيِّد الدعار بقيود لها أقفال، ويوكل بها من يحلها في أوقات الصلوات من جانب، وروي عنه أن السارق يحبس في الثالث، والروايات في هذا الباب كثيرة، فثبت أن الحبس من جملة التعزير.

مسألة: في الرجل يجد امرأته مع رجل في لحاف واحد

قال: وإذا وُجِدَ رجل مع امرأة[4] في لحاف واحد، لزمهما التعزير، وغاية تعزيرهما دون المائة بسوط أو سوطين إن /١٦٤/كانا حرين، وإن كانا مملوكين دون الخمسين.

وذلك لما روى محمد بن منصور بإسناده، عن جعفر، عن أبيه أن علياً - عليه السلام - قال: إذا وجد الرجل مع امرأة في لحاف واحد، جلد كل واحد منهما مائة

---

(١) أخرجه البيهقي ٨/٣٢٧.

(٢) في (أ): الذي هو.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٣٤.

(٤) في (أ): امرأته.

جلدة غير سوط[١]. وإنما فعل ذلك؛ لأن الزنى لم يثبت عليهما مع تعرضهما له.

وقلنا إن كانا مملوكين، فدون الخمسين؛ لأن الزنى لو ثبت عليهما، لكان حدهما خمسين، فإذا لم يثبت، فيجب أن يكون تعزيرهما دون حدهما كالحر.

قال: وكذلك في الرجلين إذا أتى أحدهما صاحبه فيما دون الدبر.

ووجهه ما قدمنا ذكره، فلا وجه لإعادته.

قال: وإذا وقعت المرأة، على المرأة، لزمهما التعزير.

وذلك لتعرضهما للفاحشة، ولم نوجب عليهما الحد؛ لأنَّه لا يصح منهما الإيلاج.

قال: وأي سارق، أو قاذف، درئ عنه الحد للشبهة، وجب تأديبه؛ لأنَّه تعرض لما يوجب الحد، فلا أقل من التعزير كما مضى القول فيه.

وجميع ذلك منصوص عليه في الأحكام[٢].

مسألة: في اللعب بالشطرنج والنرد

قال: ولا يجوز اللعب بالشطرنج، ولا النرد، ولا شيء من الميسر، ومن فعل شيئاً من ذلك، لزم من تأديبه ما يراه الإمام.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

أما الميسر، فلقول الله – عز وجل-: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ..﴾ الآية (المائدة ٩٠).

وأما النرد، فللأخبار الواردة في النهي عنه، وفي تحريمه، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –[٤]، وروي أنَّه ميسر العجم، ولا أعرف خلافاً في تحريمهما.

---

(١) الأمالي كتاب الحدود، باب الرجم.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٢٤٧ – ٢٤٨، ٢٥١، ٢٤٠، ٢٤٣.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٥٥٢.

(٤) أخرجه الحاكم ١/١١٥، والبيهقي ٢٢٢/١٠، ومالك ٩٥٨/٢، وابن أبي شيبة ٢٨٧/٥، عن أبي موسى.

وأما الشطرنج، فلما روي عن أمير المؤمنين من النهي، ومعاقبة من فعله، وتحريق رقعته، ذكر يحيى بن الحسين - عليه السلام - عن علي - عليه السلام - أنَّه جاز بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم، ثُمَّ أمر رجلاً من فرسانه، فنـزل فكسرها، وحرق رقعتها، وعقل من كل واحد ممن لعب بها رجلاً وأقامه، فقالوا: يا أمير المؤمنين، لا نعود، فقال: إن عدتم، عدنا[1].

مسألة: في كسر الطنبور والشطرنج

قال: ويجوز كسر الطنبور، والشطرنج، وتحريق رقعته، وما أشبه ذلك.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2]. وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي.

والأصل فيه أن كل شيء موضوعه المعصية يجوز كسره، وإن أمكن الانتفاع به في غير المعصية، وذلك كالطنبور، والعود، والمزمار، والدف، وما أشبه ذلك، والحجة فيه ما حكى الله عن إبراهيم - عليه السلام - في قوله: ﴿**وَتَاللهِ لأَكِيْدَنَّ أَصْنَامَكُمْ بَعْدَ أَن تُوَلُّوا مُدْبِرِيْن فَجَعَلَهُمْ جُذَاذاً**﴾(الأنبياء ٥٧ - ٥٨) أي كسرها، فصار ذلك أصلاً لكسر كل ما موضوعه المعصية، ألا ترى أن الأصنام يجوز أن يقعد عليها، ويجعل عليها الثياب وما يخشى عفنه إن وضع على الأرض، لكنها لما كانت موضوعة لمعصية، استجاز إبراهيم كسرها، وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «بعثت بكسر المعزاف والمزمار»[3]. وروي أن علياً - عليه السلام - حرق رقعة الشطرنج، وكسر الشطرنج.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٥٥٣.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٥٥٢ - ٥٥٣.

(٣) ذكر القرطبي نحوه في تفسيره ١٤/٥٣.

كتاب

الحكايات

باب القول
فيما يوجب الدية أو بعضها أو ما يوجب الحكومة

[مسألة]: فيما يجب للمسلم والذمي من الدية

يجب للمسلم والذمي إذا قُتل كل واحد منهما دية كاملة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

فأما المسلم، فلا خلاف فيه أن له إذا قُتل دية كاملة، وأما أهل الذمة، فقد اختلف فيهم، قال أبو حنيفة وأصحابه مثل قولنا للذمي دية كاملة مثل دية المسلم، وقال مالك: دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم، وقال الشافعي: ثلث دية المسلم، وقالا: دية المجوسي ثمانمائة درهم.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: أن فعلَ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - إذا كان بياناً لمجمل واجب، كان على الوجوب، وقد ثبت أن قوله - عز وجل -: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾(النساء: ٩٢) مجملٌ؛ لأنَّه لم يُبيِّن - عز وجل - مقدار الدية.

وروي عن ابن عباس أن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين من المشركين لهما أمان، و لم يَعلم ذلك، فوداهما رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - دية المسلمَين الحرَّين[٢]. فجرى فعله مجرى البيان، فوجب أن يحمل على الوجوب، وأيضاً روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «في النفس مائة من الإبل[٣]» وهو عام في جميع النفوس، مسلمهم وكافرهم، إلاَّ ما خصه الدليل.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٩، ٣٠١، ٣٠٢.

(٢) أخرجه الترمذي ٤/٢٠، والبيهقي ٨/١٠١، والدارقطني ٣/١٧١، بلفظ قريب من هذا.

(٣) أخرجه النسائي ٤/٢٤٦، والبيهقي ٨/٧٣.

وعن الزهري قال: كانت دية المسلمين والمعاهدين على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وأبي بكر، وعمر، وعثمان، واحدةً، حتى جاء معاوية فجعل لهم النصف[١].

وروي أن رفاعة بن السموءل اليهودي قُتِل بالشام، فجعل عمر ديته ألف دينار.

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن جعفر، عن أبيه، عن علي - عليهم السلام- قال: دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم[٢].

وروي بإسناده، عن موسى بن حبيب، عن علي بن الحسين - عليهما السلام - قال: دية المعاهد مثل دية المسلم[٣].

فإن قيل: روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عقل أهل الكتاب على النصف من عَقْل المسلمين[٤].

وروي أنَّه قضى في الكافر بثلث دية المسلم، وروي عن عقبة بن عامر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «دية المجوسي ثمانمائة درهم»[٥].

قيل له: هذه الأخبار قد قيل: إنها ضعيفة، ومع هذا معارضة، وإن صحت، فيحتمل أن يكون كل واحد منهما ورد في عبد كافر قيمته ما ذُكِر، فكأنه عبدٌ كتابي قيمته خمسة آلاف درهم، وعبدٌ كافر قيمته ثلث دية المسلم، وعبد مجوسي قيمته ثمانمائة درهم، لا وجه لتصحيح هذه الأخبار غير هذا، وإلا تدافعت؛ لأن اسم الكافر ينطلق على المجوسي، واليهودي، والنصراني، وما اعتمدناه من الأخبار مفسرة لا تحتمل هذا التأويل، فكان المصير إليها أولى.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ٩٦/١٠.

(٢) أخرجه محمد في الأمالي ٢٢٨/٤.

(٣) أخرجه في الأمالي ٢٢٨/٤.

(٤) أخرجه البيهقي ١٠١/٨، والدارقطني ١٤٥/٣.

(٥) أخرجه البيهقي ١٠١/٨.

فإن قيل: روي عن عمر وعثمان أنهما قالا: فيهم ثلث الدية.

قيل له: نتأول ذلك كما تأولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله /١٦٦/ وسلم؛ لأن الزهري أوثق ممن رووا ذلك، وقد قال خلاف ذلك مما لا يحتمل التأويل، فصار ما قلناه أولى بما بيناه، وأيضاً هو محقون الدم على التأبيد في دار الإسلام، فوجب أن تلزم له دية كاملة، دليله المسلم، وأيضاً الدية بدل المجني عليه، فوجب ألا يُعتبر بالكفر، والإسلام، دليله العبد إذا قتل، ألا ترى أن قيمته لا تتغير بالكفر والإيمان؟ يؤكد ذلك أن حقوق الآدميين كالديون، والبياعات، وحقوقهما، لا يتغير فيها حكم الملي والذمي، فكذلك الدية؛ لأنها من حقوق الآدميين.

فإن قيل: المرأة لما نقص دينها عن دين الرجل؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «ما رأيت ناقصات عقل ودين أملك لعقول ذوي الألباب منهنَّ» وجب أن تكون ديتها على النصف من دية الرجل، فوجب أن يكون الذمي ديته دون دية المرأة لنقصان دينه.

قيل له: لو كانت الدية تعتبر بالدين، كان يجب ألا يكون لهم شيء من الدية؛ لأنهم لا دين لهم، قال الله – عز وجل-: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللهِ الإِسْلامُ﴾(آل عمران: ١٩)، لكن الدية لم توضع على الأديان.

فإن قيل: الثلث أقل ما قيل فيه، وهو مجمع عليه، ولا يجوز أن يزاد عليه إلاَّ بدليل.

قيل له: بالدليل قلنا بالدية الكاملة، وهو ما سلف، فوجب المصير إليه، على أن الاعتبار لو كان بالدين، كان لا يجب أن تكون ديتهم على الثلث من دية المسلم؛ إذ ليس يجوز أن يقال: إن دينهم على الثلث من دين المسلمين.

مسألة: في دية العين، والأذن، واللسان، والصوت، والعقل، والأنف

قال: وفي بصر العينين الدية إذا ذهب، وفي سمع الأذنين إذا ذهب الدية، وفي الخرس الدية، وفي الصوت الدية إذا انقطع، وفي اللسان إذا قطع الدية، وفي لسان الأخرس إذا قطع حكومة، وفي العقل الدية، وفي الأنف إذا قطع من أصله الدية، وفي العينين الدية إذا فقئتا، أو عميتا، وفي كل واحد منهما نصف الدية، فإن كانت العين عمياء،

ففقأها فاقئ، كانت فيها حكومة، وفي الأذنين إذا استؤصلتا قطعاً الدية، وفي كل واحدة منهما نصف الدية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي: ولا أحفظ عن غيرهم أيضاً فيه خلافاً.

والأصل في هذا الباب: ما روى الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حرم، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «في الأنف إذا أوعب جدعه الدية، (وفي العينين الدية)[٢]، وفي الشفتين الدية، وفي اللسان الدية، وفي السن خمس من الإبل، وفي كل أصبع من اليد والرجل عشر من الإبل، وفي البيضتين الدية»[٣].

وعن الزهري قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الذَكر إذا استؤصل، أو قطعت الحشفة، الدية[٤]، وقضى في الصلب الدية[٥].

وعن أبي بكر بن عبد الله بن عمرو، عن أبيه، عن عمر في الأنف إذا استوعب جدعه الدية.

وعن رجل من آل عمر قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم- في الذَكر الدية، وفي الأنف/١٦٧/ الدية إذا استوعب مارنه، وفي اللسان الدية، وفي الرجل خمسون، وفي اليد خمسون، وفي الجائفة[٦] ثلث الدية، وفي الآمة[٧] الثلث،وفي المنقلة[٨]

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٩، ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤.

(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٣) تقدم تخريجه في كتاب الزكاة.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ٥/٧٧.

(٥) أخرجه البيهقي ٨/٩٥، والنسائي ٤/٢٤٥، وابن أبي شيبة ٥/٣٨٢.

(٦) الجائفة: طَعْنَةٌ تبلغ الجوف. القاموس المحيط ٧٣٦.

(٧) شَجَّةٌ آمَّةٌ ومأمومةٌ: بلغت أم الرأس. القاموس المحيط ٩٩٤.

(٨) الْمُنَقِّلَةُ: الشجةُ التي تَنَقِّلَ منها فَرَاشُ العظام، أو هي قشور تكون على العظم دون اللحم. المرجع السابق ٩٨٢.

خمس عشرة، وفي الموضحة[١] خمس (وفي السن خمس)[٢]، وفي كل أصبع مما هنالك عشر عشر.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في اللسان إذا استؤصل الدية، وفي الذكر إذا استؤصل الدية، وفي الحشفة الدية، وفي العين نصف الدية، وفي الأذن نصف الدية، وفي الرجل نصف الدية، وفي إحدى الأنثيين نصف الدية، وفي إحدى الشفتين نصف الدية، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقّلة خمس عشرة من الإبل، وفي الهاشمة[٣] عشرٌ من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي كل سن خمسٌ من الإبل، وفي كل أصبع عشرٌ من الإبل[٤].

وروي نحو ذلك عن أبي إسحاق، عن عاصم بن ضمرة، عن علي- عليه السلام-.

فصارت هذه الآثار أصلاً في أن كل عضو كان في الإنسان واحداً، نحو الأنف، والذكر، ففيه الدية، وما كان منه اثنين، كالعينين، واليدين، والرجلين، ففيهما الدية، وفي كل واحد منهما نصف الدية، وهكذا المعاني وإن لم تكن أعضاء، كالصوت، والعقل، والسمع، والبصر، فعلى هذا يجب أن يجري الباب؛ لأن بعضه منصوص عليه على ما بيناه، وبعضه[٥] قياس على المنصوص عليه.

وقلنا: إن في لسان الأخرس حكومة؛ لأنَّه لا نفع له، وهذه الديات تجب في الأعضاء لما فيها من المنافع، وهذا ما لا خلاف فيه، وكذا القول في العين العمياء إذا فقئت.

وقلنا: إن المعاني كالأعضاء لما فيها من المنافع، بدلالة أن منافعها إذا ذهبت، رجعت الديات إلى الحكومات.

---

(١) الْمُوْضِحَةُ: الشَّجَّةُ التي تبدي وضَحَ العظام. المرجع السابق ٢٣٨.

(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٣) الْهَاشِمَةُ: شَجَّةٌ تَهْشِمُ العظم، أو هشمتْ العظم، و لم يتباين فَرَاشُهُ، أو هشمتْه فَنُفِشَ، وأُخرج وتباين فَرَاشُهُ. القاموس المحيط ١٠٧٨.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب الديات.

(٥) في (أ): بعضه.

مسألة: في دية الشفاة

قـــال: وفي الشفتين إذا قطعتا الدية، وتفضل السفلى على العليا بشيء على مـــا يراه الحاكم.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وذلك لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - في حديث عمرو بن حزم «في الشفتين الدية».وقد بينا الوجه فيه، وفي نظائره.

وأما ما قال: إن السفلى تفضل على العلياء بشيء؛ لأنَّه قد ثبت أن الديات إنَّما هي للمنافع، وقد علمنا أن الانتفاع بالسفلى أكثر، وليس ما بينهما في باب النفع ما بين اليمنى واليسرى، بل هو أكثر وأظهر[2]؛ لأن الطعام بها يمسك.

فإن قيل: فيما رويتم عن علي - عليه السلام - في إحدى الشفتين نصف الدية، وهذا يمنع التفاضل.

قيل له: روى عاصم بن ضمرة عنه : في الشفتين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، فمن روى في إحدى العينين نصف الدية، يجوز أن يكون قال: وفي[3] إحدى الشفتين نصف الدية، فيكون ذلك من قول الراوي، رآه - عليه السلام - قال في موضع: في العينين الدية، وفي موضع: وفي[4] إحدى العينين نصف الدية، ثُمَّ رآه قال: في الشفتين الدية /١٦٨/ ، فظن أن حكمهما حكم العينين، فقال في إحداهما نصف الدية، ويمكن أن يحمل قوله في إحدى الشفتين نصف الدية على ما يقارب نصف الدية.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤.
(٢) في (ب): أظهر وأكثر.
(٣) في (أ): قال في.
(٤) في (أ): موضع في.

مسألة: في دية: الأسنان

قال[١]: وفي الأسنان إذا قلعت كلها الدية، ونصف الدية، وعشر الدية، وفي كل سنٍ منها نصف عشر الدية، ولا تفاضل فيها.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

وذلك لما في حديث عمرو بن حزم عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - «وفي السن خمس من الإبل».وكذلك رواية[٣] زيد بن علي، عن أبيه - عليهما السلام -: «وفي كل سن خمس من الإبل، وهذا ما لا خلاف فيه، وفي فم الإنسان اثنتان وثلاثون سناً، ففي العشرين منها الدية، على هذا، وفي عشرٍ منها نصف الدية، وفي اثنتين منها عشر الدية[٤]. فلذلك قلنا: إن في الجميع دية، ونصف دية، وعشر دية، وبه قال أبو حنيفة، وهو القول الأصح عن الشافعي، وحكى عنه قول آخر: إن في كل سن خمس من الإبل (إلى تمام الدية، ثم لا شيء بعد ذلك.

وقلنا: لا تفاضل بين الأسنان؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أطلق، فقال: «وفي السن خمس من الإبل»)[٥]. وعن علي: وفي كل سن خمس من الإبل.

قال: وفي سن الصبي حكومة، وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦].

يعني إذا لم يكن ثغرٌ؛ لأن منافعها لم تتم؛ لأنها تسقط، ثُمَّ تخرج السن التي تكون منفعتها تامة، وبه قال أبو يوسف. قال أبو حنيفة : لا شيء فيها.

---

(١) سقط من (ب): قال.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٨.
(٣) في (أ): وكذلك زيد.
(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.
(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٦) انظر: المنتخب ٣٨٥.

مسألة: في دية: السن إذا اسودّ أو كسر

قال: وإذا اسودّت[١] السن، ففيها ما في الساقطة، نصف عشر الدية، فإن انكسرت، ففيها حكومة على قدر ما نقص منها، هذه رواية الأحكام[٢]، وقال[٣] في (المنتخب)[٤]: إذا اسودت السن، ففيها حكومة.

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا اسودت السن، كانت كالساقطة، ووجب الأرش تاماً، وللشافعي فيها قولان، كما أن لأصحابنا فيها روايتان، قال ابن أبي هريرة: نحن نحملها على اختلاف الأحوال، ولا نجعل فيها قولين، وهو الصَّحيح عندنا، والله أعلم وأحكم.

والواجب أن ننظر في أمرها، فإن كانت حين اسودت ذهبت منافعها، فالجمال لا شك ذاهب، فيجب أن تكون في حكم الساقط، ووجب تمام الدية، وإن كانت حين اسودّت ذهب جمالها دون منافعها، فالصحيح رواية (المنتخب).

قال أبو حنيفة: الاحمرار، والاخضرار، كالاسوداد، وقال: في الاصفرار حكومة، قال زفر: في الاصفرار عَقْل تام، والاعتبار فيه ما ذكرناه، وعليه يجب أن تبنى المسألة.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده[٥]، عن علي - عليه السلام - قال: إذا اسودت السن، وشُلت اليد، وابيضَّت العين، فقد تم عقلها، فإن انكسر منها شيء، والباقي على[٦] حاله، ففيه حكومة على قدر الذاهب، إن كان ثلثاً، فثلث ديتها، وإن كان ربعاً، فربع ديتها[٧]. فهذا طريق حكومتها.

قال: وفي السن الزائدة إذا قلعت حكومة.

---

(١) في (أ): سوّدت.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٢٩٤.
(٣) في (أ): قال.
(٤) انظر: المنتخب ٣٨٥.
(٥) سقط من (أ): عن جده.
(٦) في (أ): والباقي منها على.
(٧) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[(١)].

لأنها في حكم سن الصبي أو دونها في النفع، ولا جمال فيها[(٢)]، فلم يجب أن تجري مجرى سائر الأسنان، ووجب فيها حكومة؛ للألم على ما نقوله في مثله.

مسألة: فيما يجب في كسر الظهر

قال: وفي الظهر إذا /١٦٩/ كسر و لم ينجبر الدية، فإن انجبر، ففيه حكومة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[(٣)].

قال أبو حنيفة: إذا لم يبرأ، ففيه الدية.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الظهر عضوٌ واحدٌ، وله منافع عظيمة، فإذا كسر، فلم[(٤)] ينجبر، وجبت فيه الدية ، كما قلنا في اللسان، وفي الأنف، ألا ترى أن اللسان إذا خرس، فهو في حكم الذاهب في وجوب الدية،وكذلك العين إذا ذهب بصرها، فكذلك الظهر سيما ولا يبقى جماله، كما لا تبقى منافعه، وعن الزهري قضى رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – في الصلب بالدية[(٥)]، فلذلك أوجبنا الدية.

فأما إذا انجبر وعاد كما كان، فقد عادت (منافعه وجماله، ففيه حكومة، فإن عادت بعض منافعه وبعض جماله، ففيه حكومة)[(٦)] زائدة، هذا هو القياس.

مسألة: فيما يجب في شعر اللحية والرأس

قال: وفي اللحية، وشعر الرأس، إذا لم يجرحا لسبب عملٍ بصاحبهما حكومةٌ غليظة تقارب الدية، وفي أشفار العينين، وشعر الحاجبين، حكومة دون نصف الدية.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٢.

(٢) سقط من (ب): فيها.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٩، ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤، ٣٨٧.

(٤) في (ب): و لم.

(٥) في (ب): الدية.

(٦) سقط ما بين القوسين من (أ).

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

ومعنى الأشفار هي الأهداب، دون الأجفان هاهنا، قال أبو حنيفة: في شعر الرأس واللحية دية دية، وفي أشفار العينين[٢] الدية، وفي كل شفر ربع الدية، وفي الحاجبين الدية، قال الشافعي: في جميع ذلك حكومة.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن هذه الأشياء ليس لها منافع عظيمة، بل لا منفعة في بعضها، وفي بعضها منافع يسيرة، وقد ثبت في الديات أن معظم ما يراعى لإيجابها المنافع، وإن روعي معها الجمال، فأما الجمال على الانفراد، فلا تجب له الدية، والدليل على صحة هذا أن العين القائمة التي لا يبصر بها إذا فقئت، فلا خلاف[٣] أن الواجب فيها حكومة، كذلك لسان الأخرس، واليد الشلاء التي تكون قد ذهبت منافعها، وإن بقي جمالها، فإذا ثبت ذلك، وثبت أن اللحية وشعر الرأس ليست لهما منافع، وإنما لهما الجمال، وكذلك الأهداب وشعر الحاجبين، وجب أن يكون الواجب في جميع ذلك حكومة؛ ألا ترى أن أبا حنيفة جعل في ثدي الرجل حكومة، لَّما لم يكن فيه إلاَّ الجمال، وجعل في ثديي المرأة الدية لما فيهما من المنافع.

وغلّظ الحكومة في اللحية، وشعر الرأس؛ لأن الشَّين فيهما أعظم، ويجب أن يكون معنى قوله: تقارب الدية، ما زاد على نصف الدية[٤]، وخفَّف في الأهداب[٥]، وشعر الحاجبين؛ لقلة الشين فيهما، فجعل دون نصف الدية.

فإن قيل: روي عن علي عيه السلام في الحاجبين الدية.

قيل له: يجوز أن يكون أراد ما يقارب الدية، ويجوز أن يكون عبَّر عن الأرش المغلَّظ بالدية؛ للدلالة التي ذكرناها.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢ – ٢٩٣، والمنتخب: ٣٨٥.

(٢) في (أ): العين.

(٣) في (أ): خلاف في أن .

(٤) في (ب): النصف.

(٥) في (أ): الأهذاب.

فإن قيل: أليس روى محمد بن منصور أن رجلاً صبَّ على رأس رجل ماءً حاراً، فذهب شعره، فرافعه إلى علي - عليه السلام - فضمَّنه الدية[١]؟

قيل له: ليس فيه أنَّه - عليه السلام - ضمنه الدية لذهاب شعر رأسه فقط، ومن المعلوم أن /١٧٠/ الماء الحار الذي يؤثر هذا التأثير في شعر الرأس يكون قد أثر في الجلد، وأحرقه، وربما أثر فيما حول الرأس، فيجوز أن يكون أرش الجميع - لَمَّا ضمَّ بعضه إلى بعض - بلغ الدية، وهذا مما لا ننكره.

فأما الأجفان، فالقياس أن فيها الدية، وفي[٢] كل جفن ربع الدية؛ لأن لها منافع حفظ العين مع الجمال.

مسألة: فيما يجب في الجروح

قال: وشجاج الرأس يجب في الآمة منها[٣] ثلث الدية، وفي المنقِّلة منها خمس[٤] عشرة من الإبل، وفي الهاشمة[٥] عشر من الإبل، وفي الموضحة[٦] خمس من الإبل، وفي السمحاق[٧] أربع من الإبل، وفيما دون ذلك حكومة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٨].

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، ولا أحفظ عن غيرهم فيه خلافاً، إلاَّ السمحاق، ففيها عندهم جميعاً حكومة.

---

(١) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٤/٢٢٥ عن سلمة بن تمام.

(٢) في (أ): الدية في.

(٣) في (أ): فيها.

والآمة هي: التي تصل إلى الدماغ.

(٤) في (ب): المنقلة خمس.

والمنقلة هي: التي تهشم الرأس فتخرج منه بعض عظامه.

(٥) الهاشمة هي: التي تهشم العظم ولا يخرج منه شيء.

(٦) الموضحة هي: التي توضح عن العظم.

(٧) السمحاق هي: قشرة رقيقة فوق عظم الرأس وبها سميت الشجة إذا بلغتها سمحاقاً.

(٨) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩٢، ٢٩٣، والمنتخب: ٣٨٥ - ٣٨٦.

وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في الآمة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي الموضحة خمس، وقد تقدم ذكره، ولما ورد في الموضحة، والمنقلة، ووجدنا الهاشمة بينهما، وجب أن تكون ديتها فوق دية الموضحة، ودون دية المنقلة، فقيل: إنها عشر من الإبل.

فإن قيل: فهلا قلتم فيها بدية الموضحة، وحكومة، كما قلتم في اليد إذا قطعت من المرفق؟.

قيل له: لأنّه لا دية بعد الكف، فرجعنا فيما زاد إلى الحكومة، والهاشمة وقعت بين ديتين منصوص عليهما، فاحتيج لها إلى مقدار معلوم، على أنّه روي عن علي - عليه السلام - على ما قدمناه في الهاشمة عشر من الإبل، فوجب القول به.

وقلنا في السمحاق أربع من الإبل؛ لما ثبت ذلك عن علي - عليه السلام - أنّه جعله مقداراً، فإن كان قال توقفاً، فلا يجوز خلافه، وإن كان قاله قياساً واجتهاداً، فقياسه أولى بالاتباع، سيما و لم يرو عن غيره من الصحابة خلافه، مع انتشاره عنه.

فأما ما دون ذلك، فلا خلاف في أنّه يجب فيه حكومة، إلاّ رواية شاذة ترويها الإمامية، ولا معتبر بها لضعف رواتهم[١].

مسألة: فيما يجب في الجائفة

قال: والجائفة[٢] في سائر البدن مثل الآمة في الرأس.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣].

وهذا ما[٤] لا خلاف فيه بين العلماء؛ لأنها تصل إلى جوف البدن، كما تصل الآمة[٥] إلى جوف الرأس، وقد قدمنا ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى في الجائفة بثلث الدية.

---

(١) في (ب): ولا معتبر فيها لضعف رواياتهم.

(٢) الجائفة، هي: التي تصل إلى الجوف.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٠، والمنتخب: ٣٨٦.

(٤) في (ب): مما.

(٥) سقط من (ب): الآمة. وظنن عليها.

وقد روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده: في الجائفة ثلث الدية. على ما تقدم.

مسألة: في الموضحة في البدن والوجه، وفي الجرح

قال: والموضحة إذا كانت في سائر البدن، ففيها حكومة.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ إذ لم يرد تقدير عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ولا عن أحد من الصحابة.

قال: وكذلك في سائر الجراح حكومة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]. وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه.

قال: والموضحة في الوجه كالموضحة في الرأس، (وهذا أيضاً مما أجمع عليه؛ لأن الوجه في حكم الرأس)[3] في أن الشين فيه /١٧١/ يعظم، وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4].

مسألة: فيما يجب في الوجنتين والترقوتين والأضلاع

قال: وفي الوجنتين إذا قطعتا حكومة، وفي الترقوتين[5] إذا كسرتا حكومة، وفي الأضلاع إذا كسرت حكومة، وفي كل مكسور إذا كسِر فانجبر، حكومة.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[6].

قلنا ذلك؛ لأنه لم يَرِد في شيء منها أمر مقدر، ولم يمكن قياسه على المقدر[7]،

---

(١) انظر: المنتخب ٣٨٦.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٣.
(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٤) انظر: المنتخب ٣٨٦.
(٥) التَّرْقُوَةُ: العُظَيْمُ بين ثُغْرَةِ النَّحْرِ والعاتق، جمعها: التراقي. القاموس المحيط ٨٠٢.
(٦) انظر: المنتخب ٣٨٦ - ٣٨٧.
(٧) في (ب): ولم يكن قياسه المقدر. وظنن على ما أثبتنا.

فجرى جميع ذلك مجرى سائر الجراحات، فأما الوجنة إذا[١] بلغ قطعها حتى توضح عن العظم، فيجب أن تكون بمنزلة الموضحَة؛ لأنه يكون موضحة في الوجه، وقد بينا أنَّه لا فصل بين موضحة الرأس[٢] وموضحة الوجه عند جميع العلماء.

مسألة: في دية الكف والأصابع

قال: وفي الكفين إذا قطعتا الدية، في كل كف منهما نصف الدية، وفي كل أصبع عُشر الدية، وفي كل مفصل منها ثلث الدية، إلاَّ الإبهام، ففي كل مفصل نصف دية الإبهام، ولا تفاضل بين الأصابع.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣].

وبجميع ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي كذلك، ولا أعرف فيه خلافاً، وذلك لما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى في اليد بخمسين[٤] من الإبل، وفي الحديث: «وفي كل إصبع مما هنالك عشر عشر من الإبل» وقد تقدم ذكر الحديث، وعن علي فيما رواه عنه زيد بن علي - عليهم السلام - على ما تقدم ذكره - في اليد نصف الدية، وفي كل إصبع عشرٌ من الإبل، وروى نحوه عنه عاصم بن ضمرة. واليد إذا أطلقت، كان المفهوم إلى الرسغ.

ووجه[٥] ما قلنا في المفاصل: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما جعل في اليدين الدية، قسمها عليهما، فجعل في كل يد نصف الدية، وكذلك قسم دية اليدين على الأصابع، فجعل في كل واحدة منها عشر الدية، لما كانت الأصابع عشراً، فقلنا قياساً على ذلك: إن دية الأصبع مقسومة على مفاصلها، ففي مفصل كل إصبع - إلاَّ الإبهام - ثلث ديتها؛ لأن كل أصبع ثلاثة مفاصل، وقسمنا دية الإبهام على مفصلين، لكل واحد منهما نصف ديتها؛ لأن لها مفصلين.

---

(١) في (أ): إن.

(٢) في (ب): الموضحة في الرأس.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٩ - ٢٩٢. والمنتخب: ٣٨٤ - ٣٨٥.

(٤) في (ب): خمسين.

(٥) في (أ) و(ب): ووجهه. وظنن على ما أثبتنا.

وقلنا: لا تفاضل بين الأصابع؛ لقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « في كل أصبع مما هنالك عشر عشر من الإبل». [١] وفي حديث عمرو بن حزم عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «في كل أصبع من اليد والرجل عشر من الإبل» وهكذا روى زيد بن علي[٢]، وروى أن عمر كان يفاضل بين الأصابع، ثُمَّ رجع عنه، فلم يبقَ فيه خلاف.

مسألة: فيما يجب في الظفر والعضو الزائد أو الأشل

قال: وفي الأصبع الزائدة حكومة، وفي اليد الشلاء حكومة إذا قطعت، وكذلك اليد المقطوعة إذا قطع ما بقي منها إلى المرفق، أو العضد، أو المنكب، حكومةٌ، وفي الظفر إن اسودت حكومة[٣].

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٤].

/١٧٢/ وذلك لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قسم دية اليدين على الأصابع العشر، ولم يجعل للزائدة فيها نصيباً، وأيضاً ليس للأصبع الزائدة نفعٌ، ولا فيها جمال، فلم نُجرها مجرى سائر الأصابع، وجعلنا فيها حكومة.

وقلنا في اليد الشلاء حكومة لفوات منافعها وجمالها جميعها أو عامتها[٥].

وقلنا: إذا قطع ما بقي عن اليد المقطوعة، ففيه حكومة؛ لأنَّه ليس له تقدير معين، ولا يمكن قياسه على مقدر.

وقلنا: في الظفر إذا اسَّود حكومة؛ لأن اسوداده لم يُزِل إلاَّ جماله دون منافعه، وقد قلنا: إن الجمال وحده إذا زال، لم تجب الدية، ووجبت الحكومة.

---

(١) سقط من (ب): من الإبل.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

(٣) سقط من (ب): وفي الظفر إن اسودت حكومة.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٤، ٢٩٥، ٣١٢، والمنتخب: ٣٨٤، ٣٨٥.

(٥) سقط من (ب) : جميعها .

مسألة: فيما يجب في شلل اليد والأصبع

قال: وفي اليد إذا شلت حكومة، (وفي الأصبع إذا شلت حكومة)[1] شبيه بالنصف من ديتها.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

وهذا إن[3] كان الشلل يسيراً لم يسلب اليد والإصبع منافعهما وجمالهما بواحدة، وإن كان سلبهما جميع منافعهما وجمالهما، فهو في حكم القطع يوجب الدية؛ لأنا قد بينا فيما تقدم أن المعتبر في الدية هو ذهاب المنافع والجمال، أو المنافع فقط؛ ألا ترى أن ذهاب البصر يوجب الدية، وإن كانت العين باقية[4]؟ فكذلك ما قلناه.

مسألة: في دية الرِّجلين

قال: وفي الرجلين الدية، وفي[5] كل واحدة منهما نصف الدية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[6].

وهذا مالا خلاف فيه؛ لما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى في الرجل بخمسين - يعني من الإبل - وما رواه زيد بن علي عن علي - عليهم السلام -: «في الرجل نصف الدية»[7].

مسألة: فيما يجب في الرجل الشلاء والمقطوعة

قال: وفي الرجل الشلاء إذا قطعت حكومة، وذلك لبطلان منافعها وجمالها، جميعه، أو أكثره.

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٢) انظر: المنتخب ٣٨٤ - ٣٨٥.
(٣) في (ب): إذا.
(٤) سقط من (ب): العين باقية. وظنن في الهامش على: العين قائمة.
(٥) في (أ): الدية في.
(٦) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٩، ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤.
(٧) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

قال: وكذلك في الرجل المقطوعة إذا قطع ما بقي منها إلى الركبة، أو فوقها، حكومة.

ووجهه: ما بيناه فيما قطع مما بقي من اليد المقطوعة.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

مسألة: في دية الذكر والبيضتين

قال: وفي الذكر إذا قطع الدية، وفي الأنثيين إذا قطعتا، الدية، وفي كل واحدة منهما نصف الدية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[2]. وهذا أيضاً مما أجمعوا عليه.

وروي عن الزهري، قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الذكر إذا استؤصل، أو قطعت الحشفة، الدية.

وفي حديث عمرو بن حزم، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - «وفي البيضتين الدية».

(وفيما روي عن رجل من آل عمر، قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في الذكر بالدية.

وفيما رواه زيد بن علي - عليهما السلام - في الذكر، إذا استؤصل، الدية، وفي الحشفة الدية)[3].

مسألة: في دية سلس البول والغائط

قال: وإذا ضرب الرجل فلم يستمسك بوله، كان فيه الدية، وكذلك إن لم يستمسك الغائط.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[4]. وبه، قال أبو حنيفة وأصحابه.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٥، والمنتخب: ٣٨٥.

(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢، ٢٩٥، والمنتخب: ٣٨٤.

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ). وبدله : (وفي أحدهما نصف الدية). وهو في مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب الديات.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤.

ووجهه: ما بيناه من أن المعاني في هذا الباب كالأعضاء في لزوم الدية، كما قلناه في العقل، والسمع، والبصر، وذهاب الصوت، فيجب أن يجري سلس البول ذلك المجرى، ويجب فيه الدية؛ لأنَّه معنى واحد في البدن، وكذلك سلس الغائط معنى واحد في البدن؛ لأنَّه معنى يعظم نفعه، ويبلغ ما فيه من النفع مبلغ /١٧٣/ ما ذكرنا، وربما أوفى على بعضه، وكذلك سلس الغائط؛ للوجه الذي ذكرناه، على أن هذا يوجب أن يكون العضو المخصوص بإمساك البول قد فسد، وفسدت منافعه، وكذلك العضو المخصوص بإمساك الغائط، فأكد ما قلناه من إيجاب الدية في كل واحد منهما، وذلك في الرجال والنساء في كل واحد منهما على قدر ديتهما.

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن جعفر، عن أبيه، عن علي - عليه السلام - أنَّه قضى بالدية لمن ضُرب حتى سلس بوله[1].

مسألة: فيما يجب في فتق المثانة

قال: وفتق المثانة إن وصل إلى الجوف، فهو جائفة، وفيه ثلث الدية، وإن لم يصل إلى الجوف، ففيه حكومة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

وذلك لما بيناه من أن الجائفة فيها ثلث الدية بالنص الوارد فيها، والجائفة هي الجراحة الواصلة إلى الجوف من أي موضع كان، فإن لم تبلغ أن تكون جائفة، ففيها حكومة؛ لأنها تجري مجرى سائر الجراحات التي لا تقدير لها.

مسألة: فيما يجب في حلمتي الثدي

قال: وفي حلمتي ثدي المرأة حكومة تشبه ثلثي الدية.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

---

(١) في (أ): سلس البول ، والحديث أخرجه محمد في الأمالي ٤/٢٢٦.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦.
(٣) انظر: المنتخب ٣٨٨.

وذهب أبو حنيفة، والشافعي، إلى أن في حلمتي ثدي المرأة[١] الدية، في كل واحد منهما نصف الدية، وأجمعوا على أن في حلمتي ثدي الرجل حكومة؛ لأن قطعهما لم يسلبه إلاَّ الجمال، والذي يجب أن ننظر في[٢] حلمتي ثدي المرأة، فإن كان قَطعهما يُذهب الثديين، ومنافعهما - أعني في حفظ اللبن، وسقي[٣] الولد - فتجب فيهما الدية الكاملة؛ لأنهما عضوان يعظم نفعهما، ولهما جمالٌ، وإن كان قطعهما لا يزيل تلك المنافع بواحدة، فيجب أن تلزم فيه الحكومة، وتُغلَّظ بقدر ما نقص من المنفعة والجمال، (فعلى هذا يجب أن يجري الأمر فيه، ولعل يحيى بن الحسين رأى أن منافعهما كلها لا تزول)[٤] بقطع الحلمتين، ويجب أن ينظر في ذلك، ويعتبر.

مسألة: فيمن يُضرب فتذهب عيناه وأنفه وشفتاه

قال: ولو أن رجلاً ضرب رجلاً خطأً، فقطع أنفه، وشفتيه، وذهبت[٥] عيناه، نُظر في أمره، فإن مات، لزمت دية واحدة، وإن عاش، وبرئ من علته، لزمت فيه ثلاث ديات، وكذلك القول إن جنى عليه جنايات أخر.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٦].

وذلك أن الجنايات[٧] إذا كان عنها الموت، سقطت الجنايات[٨]، وكان الحكم للنفس، ألا ترى أن من قتل رجلاً خطأً، فلا فرق بين أن يقتله بجراحة واحدة، أو بجراحات عدة، في أن الواجب هو الدية؟ فأما إذا برئ منها، فله من كل جراحة أرشها، فكذلك ما ذكرناه، على أن حكم الجناية موقوف على ما تؤول إليه، والدليل على ذلك أن من شجَّ آمَّة، أو منقّلة، أو جُرِح جائفة، أو قطع ذراعه من الزند عمداً،

---

(١) في (أ): حلمتي المرأة.
(٢) في (أ): إلى.
(٣) في (أ): وينتفي.
(٤) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٥) في (أ): ذهب.
(٦) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٨، والمنتخب: ٣٨٧.
(٧) في (ب): الجنات.
(٨) في (ب): الجنات.

لم يكن في شيء منه قصاص، ثُمَّ لو مات من ذلك، لاقتص من الجاني، فبان أن الجناية معتبرة بما تؤول إليه، وأيضاً إذا[1] صارت نفساً، صار الحكم لها، وبطلت أحكام الجنايات، على أنا لو أوجبنا في مسألتنا دية الأنف، والشفتين، والبصر، واقتصرنا عليها، كنا قد أهملنا دية النفس، وذلك لا معنى له، ولو أخذنا مع تلك الديات دية النفس، كنا أخذنا أرش تلك الأعضاء مرتين، مرة على الانفراد، ومرة في جملة دية[2] النفس، وهذا لا يجوز؛ لأنَّه لا خلاف أنَّه لا يجوز أخذ جناية واحدة مرتين، فلما بطل ذلك، بان أن الجنايات إذا أدت إلى النفس، بطلت أحكامها، وصار الحكم للنفس، على أنَّه لا إشكال لو أن رجلاً أصاب عين آخر، فعميت، ثُمَّ مات، أن ديته دية النفس، وأنه لا يجب نصف الدية للعين، كذلك إن كثرت الجناية إذا أدت إلى النفس.

مسألة: فيمن لُطم فابيضت عينه ثم انجلت

قال: ولو أن رجلاً لطم رجلاً، فابيضت عينه، وذهب البصر، ثُمَّ انجلت، وعادت إلى حالتها، لم يكن فيها قصاص، ولا دية، وكانت فيها حكومة على حسب ما مر به من الصعوبة.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

وذلك أن ما لحقه كان عارضاً لا حكم له، واستبان[4] ذلك بعود بصره كما كان، وهذا ما لا خلاف فيه، يبين ذلك أنَّه لو جناه على العبد، لم ينقص من قيمته شيئاً، فكذلك إذا جناه على الحر، لم يوجب من ديته شيئاً، وتجب فيه الحكومة لما لحقه من الألم، كما تقول في غيره.

قال: وإن كان الملطوم أخذ من اللاطم دية العين، ثُمَّ برئت، رجع اللاطم عليه بالدية، والتزم الأرش.

---

(١) في (أ): وإذا.
(٢) في (ب): دية جملة.
(٣) انظر: المنتخب ٣٨٧.
(٤) في (أ): أو استبان.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وذلك أن عوده إلى حال الصحة كشف أنَّه لم يلزم اللاطم الدية، فجاز أن يرجع فيها، وهذا ما لا خلاف فيه.

وأما الأرش، فقد حكي أنَّه أحد قولي الشافعي، وعندنا أنَّه واجب، واختلف في مثل هذا إذا لَم يَبِنْ له أثر، قال أبو حنيفة: لا شيء فيه، وحكي مثل قولنا عن أبي يوسف، ومحمد، وأنه أحد قولي الشافعي.

والدليل على هذا أن رجلاً لو شُج، ثُمَّ برئ، وذهب الأثر، وذلك لو شج موضحة، وكذلك لو جرح جائفة، فبرئ من جميع ذلك، وذهب الأثر، لكان[٢] ذلك لا يسقط أرش[٣] شيء من ذلك، وقد علمنا أنَّه يكون واجباً لما مر من الألم، ولزمه من العلاج والتعب؛ لأنه لو وجب للأثر، لكان يجب أن يسقط إذا لم يبق أثر، فإذا ثبت ذلك في المقدر الذي ورد فيه النص، وجب مثله في الحكومة، لاشتراكهما في الألم، والاحتياج إلى المعالجة.

مسألة: في دية المرأة

قال: ودية المرأة نصف دية الرجل، والدية في أعضاء النساء وجراحاتهن قليلها وكثيرها على النصف من دية الرجال في أعضائهم وجراحاتهم .

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٤].

أما في النفس، وفيما زاد على الثلث من الدية، فقد أجمع المسلمون على أن دية المرأة على النصف من دية الرجل، وأما الثلث فما دونه، فقد ذهب مالك، وسعيد بن المسيب، إلى أن المرأة تعاقل الرجل فيه.

---

(١) انظر: المنتخب ٣٨٧.

(٢) في (أ): كان.

(٣) في (أ): أثر.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦، ٢٩٧، والمنتخب: ٣٩٥.

وحكى أن الشافعي به كان يقول، ثُمَّ رجع عنه إلى ما ذهب إليه سائر العلماء من[١] أنهم ذهبوا إلى أن دية المرأة على النصف من دية الرجل في جميع الجراحات، قلّ، أو كثر.

والحجة في ذلك: ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «جراحة المرأة على النصف من جراحات الرجل في كل شيء لا يساوى بينهما في سن، ولا موضحة، ولا غيرهما»[٢].

وروى محمد بن منصور، عن الشعبي، قال: كان علي - عليه السلام - يجعل جراحة المرأة على النصف من جراحات الرجل لا يُستوِّي بينهما في شيء من الجراحات، ولا الخدش[٣].

وإذ قد أجمعوا على أن ما زاد[٤] على الثلث من جراحات النساء، فهي على النصف من جراحات الرجال[٥]، وجب في الثلث فما[٦] /١٧٥/ دونه أن يكون كذلك، لأنها أيضاً جراحات مقدرات، أو غير مقدارت، على أن الأصول تشهد لنا؛ لأن قيم المتلفات لا تفصل بين الثلث وبين ما يكون أكثر من الثلث.

وروى أن ربيعة الرأي قال لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة؟

قال: فيها عشر من الإبل.

قال: فإن قطع إصبعين، قال: عشرون.

قال: فإن قطع ثلاثاً، قال: ثلاثون.

قال: فإن قطع أربعاً، قال: عشرون.

---

(١) في (ب): إلاَّ. وظنن على: من.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

(٣) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢٢٦/٤.

(٤) في (ب): على ما زاد.

(٥) في (ب): الرجل.

(٦) في (أ): وما.

قال: كلما كثر جرحها، وعظمت مصيبتها، نقص أرشها، قال: يقرائي أنت، هكذا أتت السنة.

فإن قيل: فقوله: هكذا أتت السنة يدل على أنَّه قال توقيفاً.

قيل له: يحتمل أن يكون أراد دلالة السنة، وهي غُرَّة الجنين؛ لأنَّه يستوي فيه الذكر والأنثى.

فإن قيل: فما تنكرون من هذه العبرة؟.

قيل له: اعتبارنا أولى؛ لأنا قسنا جراحاتها وهي حية بعضها على بعض، وهم قاسوا جراحاتها على الجنين، فكان فرعنا أشبه بأصولنا، وهو قول علي - عليه السلام - ولا مخالف له في[1] الصحابة، ويشهد لنا قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاَّ بطيبة من نفسه» فلا نأخذ ما لا توقيف فيه، وما لا دليل عليه من مالها، وما نأخذه من إصبع المرأة اتفاق، وما تجاوزه لا اتفاق فيه، ولا توقيف فيه، فوجب ألا يؤخذ، دليله ما زاد على ذلك.

مسألة: في دية جنين الحرة

قال: وفي جنين المرأة إذا طرحته ميتاً بجناية عليها غرة، إما عبدٌ، أو أمة، وقيمة الغرة خمسمائة درهم. وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[2].

وبه قال العلماء، ولم يذكر فيه خلافٌ إلاَّ القيمة، فقد حكي عن بعضهم أن القيمة بالغة ما بلغت.

والأصل في هذا: ما روي أن امرأتين اختصمتا، فرمت إحداهما الأخرى، فألقت جنينها، فقضى فيه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بغرة، عبد أو أمة، وألزم ذلك العاقلة، فقال من أُلزم ذلك - وقيل إنَّه حمل بن مالك بن النابغة[3] - كيف ندي

(١) في (أ): ولا مخالف في.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦ - ٢٩٧، والمنتخب: ٤٠٠.
(٣) سقط: ابن النابغة من (ب).

من لا شرب، ولا أكل[١]، ولا صاح، ولا استهل؟

فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أسجع كسجع الأعراب، فيه غرة، عبدٌ، أو أمة»[٢].

فدل ذلك على أنَّه دية الجنين دون الجناية على المرأة[٣]؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنكر السجع، و لم ينكر أن يكون ذلك دية الجنين، و لم يقل: إنَّه أرش الجناية على المرأة، فثبت أنها موروثة[٤] إبطالاً لقول من يقول إنها للمرأة؛ لأن الجناية كانت عليها.

فإن قيل: فما معنى إنكاره السجع؟.

قيل له: أراد أن يبين أن الأحكام لم تُبنَ على أن تسق فيها الأسجاع، وروى زيد عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه قضى في جنين الحرة بغرة، عبد أو أمة.

وأما تقديرها بخمسمائة، فوجهه أنَّه لا قول إلاَّ قول من قال: إن القيمة بالغة ما بلغت، أو قال: إن القيمة مقدرة، ولا يجوز القول إن قيمتها بالغة ما بلغت؛ لأنَّه يؤدي إلى أن تكون دية الجنين عشرين ألفاً أو أكثر، فتكون دية /١٧٦/ الجنين أكثر من دية الحر، وهذا خلاف موضوع الشرع، فإذا بطل ذلك، فلا بد من التقدير، وكل من قدر، قال: إنها خمسمائة درهم، أو نصف عشر الدية.

قال: فإن طرحته حياً، ثُمَّ مات، وجبت فيه الدية كاملة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٥].

وذلك أن دية الصغير والكبير واحدة، وهذا ما لا خلاف فيه.

---

(١) في (ب): كيف يُدَى من لم يشرب ولا يأكل؟

(٢) أخرجه أبو داود ١٩٢/٤، وعبد الرزاق ٥٩/١٠، والبيهقي ٤٣/٨ عن ابن عباس.

(٣) سقط من (ب): على المرأة.

(٤) في (ب): مروية. وظنن على: موروثة.

(٥) انظر: الأحكام ٢٩٦/٢ - ٢٩٧، والمنتخب: ٤٠٠.

مسألة: في قتل الحامل

قال: وإن قتلت المرأة وفي بطنها ولدٌ، ولم ينفصل، فلا شيء سوى ديتها، وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه؛ لأنَّه لا حكم للجنين ما لم ينفصل عن الأم.

قال: وإن انفصل ميتاً، وجبت فيه الغرة مع دية الأم .

قال أبو حنيفة: إن انفصل بعد موت الأم، فلا شيء فيه، وأظن الشافعي يوجب فيه الغرة كما قلنا.

والدليل على صحة ذلك قوله وقد قال له حمل بن مالك كيف يدى[1] من لا شرب، ولا أكل، ولا صاح، ولا استهل؟ فمثل ذلك بطل، فقال: «أسجع كسجع الأعراب، فيه غرة، عبد أو أمة» فخرج الجواب على ذلك، فقال فيه غرة، عبد أو أمة، فوجب ما قلناه، وأيضاً لم يرو أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – سأل عن حال الجنين، أَخرَجَ والأم حية، أم لا ؟ فدل ذلك على أنَّه لا فرق بينهما، وهو قياس على ما انفصل قبل موت أمه؛ بعلة أنَّه جنين أُسقط بجناية، فكذلك إذا انفصل بعد موتها، وأيضاً لو كان حياً كان يستوي حكمه بين أن ينفصل قبل موتها، أو بعد موتها، كذلك إذا كان ميتاً، والعلة أنَّه جنين أسقطته الجناية.

فإن قيل: إذا خرج بعد موتها، جوزنا أن يكون مات لموت الأم، لا للضربة.

قيل له: هذا فرق[2] لا يغني؛ لأن التجويز على الأحوال كلها قائم؛ لأنَّه معتبر بجناية الجاني؛ لأنَّه لو سقط قبل جريان الروح فيه، لزمت فيه الغرة. .

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[3].

مسألة: في المرأة تسقط أكثر من جنين

قال: وكذلك إن طرحت جنينين، أو أكثر، حيين، أو ميتين، كان في كل ميت غرة، وفي كل حي إذا مات دية.

---

(١) في (أ): مالك ندي.
(٢) في (أ): هذا التجويز. ونبه على: فرق.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٧.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

وذلك لما تقدم بيانه، وهو قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «فيه غرة، عبد أو أمة» فصار ذلك حكم كل جنين سقط ميتاً، قلّ، أو كثر، وكذلك إذا سقط حياً، ثُمَّ مات.

مسألة: في المرأة تسقط الجنين بجنايتها

قال: وإذا شربت المرأة دواءً، أو فعلت فعلاً أسقطت به الجنين، لزمها من الدية والغرة ما لزم غيرها كما إذا جني عليها بذلك.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

والوجه فيه: أنها جناية على الجنين بفعلها، فوجب أن يلزمها من الغرة ما يلزم في الجنين، كما يلزم ذلك غيرها، وذلك أنَّه موجب الجناية على الجنين، (إذا جنى على الجنين مثل جنايتها ولا سيما والغرة موروثة عندنا، والأم إذا فعلت ذلك، لم ترث، ويرثه سائر الورثة، وقد دللنا على هذا فيما تقدم.

فأما قول يحيى في (المنتخب): إن طرحته وقد جاوز أربعة أشهر، ففيه الدية، وإن طرحته وله دون أربعة أشهر، ففيه الغرة، فإن المراد به على ما ذكره الأخوان)[٣] دونها على ما دللنا عليه، فإذا كانت هي الجانية، لزمها ما لزم سائر /١٧٧/ الجناة.

مسألة: في الجنين إذا خرج أقل من أربعة أشهر أو أكثر

قال في (المنتخب)[٤]: إن طرحته وقد جاوز أربعة أشهر، ففيه الدية، وإن طرحته وله دون أربعة أشهر، ففيه الغرة.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٧.

(٢) انظر: المنتخب ٣٩١.

(٣) سقط ما بين القوسين من (ب)، ونبه في (أ) أنه قد يكون لفظ حاشية، ويدل عليه ذكر الأخوان.

(٤) انظر: المنتخب ٣٩١.

اعلم[١] أن تأويل هذا الكلام: أنها[٢] إن طرحته وله أربعة أشهر حياً، ففيه الدية؛ لأنها إذا طرحته ميتاً، فالواجب فيه الغرة، والله أعلم.

فإن قيل: فما معنى فصله بين أربعة أشهر وبين ما دونها، إذا كان الاعتبار بالحياة والموت؟.

قيل له: مراده ما روي أن الروح تجري فيه بعد أربعة أشهر، فإذا سقط بعد أربعة أشهر، جاز أن يكون حياً، وجاز أن يكون ميتاً، فلم يمتنع أن تجب الدية، وإذا كان قبل أربعة أشهر، فمعلوم أنَّه لا يسقط إلاَّ ميتاً، فلذلك قال فيه غرة، يعني لا محالة.

مسألة: في دية جنين الأمة

قال: وجنين الأمة إذا لم يكن من سيدها، ففيه نصف عشر قيمته حياً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣].

واعتبر أبو حنيفة فيه الذكر والأنثى، فجعل فيه إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى، فربع عشر[٤] قيمتها، وعن أبي يوسف أن فيه ما نقص من قيمة الأم، وقال الشافعي: عشر قيمة الأم، واعتبر الأم.

والدليل على ما قلنا: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أوجب فيه الغرة، و لم يفصل فيه الذكر والأنثى، وقدَّر القيمة بنصف عشر الدية المطلقة؛ لأن الدية المطلقة مائة من الإبل، لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «في النفس مائة من الإبل» ثُمَّ جعل دية المرأة نصف الدية المطلقة، فأوجبنا نحن في جنين الأمة نصف عشر قيمته؛ لأن قيمته هي القيمة المطلقة، و لم نعتبر الذكر والأنثى؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يعتبر ذلك، على أن قولهم هذا يؤدي إلى أن تكون الأنثى أحسن حالاً من الذكر فيما هو جارٍ مجرى الدية، وذلك عكس الشريعة؛ ألا ترى أن الجنين في باب

---

(١) في (أ): واعلم.
(٢) سقط من (أ): أنها.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٧، والمنتخب: ٤٠١. إلاَّ أنَّه لم يذكر إذا لم يكن من سيدها.
(٤) في (أ): فعشر.

القيمة يتفاوت[١] فيه الذكر والأنثى، وربما كانت الأنثى أكثر قيمة من الذكر؟ فإذا أوجبنا في الأنثى عشر[٢] قيمتها، وفي الذكر نصف عشر قيمته، جعلنا الذكر فيه على النصف، أو أقل من الأنثى، فوجب بطلان هذا القول.

فأما ما ذهب إليه الشافعي من الاعتبار بالأم، فهو فاسد؛ لأنَّه لو كان من مولاها، لم يعتبر بالأم، كذلك إذا كان من غير مولاها، بعلة أن الجناية عليه لا على الأم، والأصول تشهد لنا؛ لأن كل ما يجنى عليه يعتبر حالة بنفسه دون أبويه، وأيضاً لا خلاف أنَّه لا يعتبر بأبيه، فوجب ألا يعتبر بأمه، والعلة أن كل واحد منهما غير المجني عليه، فإذا سقط ذلك، بطل ما قاله الشافعي.

وأما ما قاله أبو يوسف، فإنما بناه على أصله في الجناية على العبد، فوجب ما نقص من قيمته[٣]، ونحن نبين فساد ذلك، ونبين أن الجنايات على العبد توجب قسطاً من قيمته، كما أن الجنايات على الحر توجب له قسطاً من ديته، فسقط قوله، على أن هذه الجناية قد ثبت شرعاً أنَّها جناية على الولد، فلا وجه لاعتبار حال الأم كما قلنا للشافعي.

وقال القاسم عليه /١٧٨/ السلام في جنين الأمة: إن الواجب على مقدار قيمته، كما في جنين الحرة على مقدار ديته، فالأظهر[٤] من هذا أنَّه أراد قول أبي حنيفة، وإن كان يحتمل أن يكون المراد[٥] ما قال يحيى - عليه السلام -.

مسألة: في جنين البهيمة

قال: وفي جنين البهيمة إذا ألقته ميتاً نصف عشر قيمته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٦]. وقال أصحاب أبي حنيفة: ما نقص من الأم.

---

(١) في (أ): يتقارب.
(٢) ظنن في (ب) على: ربع عشر.
(٣) في (أ): ما نقص قسطاً من قيمته.
(٤) في (أ): والأظهر.
(٥) في (ب): أراد.
(٦) انظر: الأحكام ٢/ ٢/ ٢٩٧، والمنتخب: ٤٠١.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنَّه قاسه على جنين الأمة، كما قاس جنين الأمة على جنين الحرة، بعلة أنَّه جنين أسقطته الجناية.

فإن قيل: ألستم تقولون: إن البهيمة إذا فقئت عينها، أو قطع أنفها، توجبون ما نقص منها، ولا توجبون قيمتها، فما أنكرتم من أن يكون حكم الجنين كذلك؟.

قيل له: لأن هذه جناية على البهيمة؛ لأن عينها عضوٌ منها، وليس كذلك الجنين؛ لأنَّه غيرها، فلم نعتبر في الجنين حالها، كما اعتبرنا في عينها.

قال: وإن طرحته حياً، ثُمَّ مات ففيه قيمة مثله.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

وهذا يجب أن يكون في الأمة والبهيمة سواء؛ لأن القيمة جارية مجرى الدية، على أن كل من أتلف أمة، أو بهيمة، فعليه قيمة ما أتلف، كذلك إذا أتلف ولدها.

مسألة: في دية المملوك

قال: وفي العبد قيمته بالغة ما بلغت، وكذلك إن زادت قيمته لصناعة يحسنها، إلاَّ أن تكون الصناعة مما لا يحل، كالغناء[2]، وضرب المعازف، ونحو ذلك، هذه رواية (الأحكام)[3].

وقال في (المنتخب): لا تزاد قيمته على دية الحر[4].

قال الشافعي، وأبو يوسف: قيمته بالغة ما بلغت، وقال أبو حنيفة، ومحمد: فيه القيمة ما لم تبلغ الدية، فإن[5] بلغت، أو جاوزت، فقيمته دون الدية بعشرة دراهم.

قال يحيى في (الأحكام) عند قوله في العبد إذا قُتِل، فقيمته بالغة ما بلغت، قلَّت، أو

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٧.
(٢) في (ب): مثل الغناء.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٠، ٣٠١.
(٤) انظر: المنتخب ٣٩١.
(٥) في (ب): وإن.

كثرت: وهو قول أمير المؤمنين علي - عليه السلام -[١].

وهذا الذي حكاه عن علي لا نعرفه عنه، ويجوز أن تكون رواية وقعت إليه، والذي نعرفه عن علي مثل ما ذكره في (المنتخب)، وذلك ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «لا نبلغ بدية العبد دية الحر»[٢].

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن عبد خير، عن علي - عليه السلام - قال: العبد مال يؤدى ثمنه، ولا تكون قيمة العبد أكثر من دية الحر[٣].

قال - أيده الله-: والأصح عندي رواية (المنتخب)؛ لاشتهارها عن علي - عليه السلام - ولما نذكره من بعد، وبه كان يقول أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - إلاَّ أنَّه كان يحمل رواية (الأحكام) على رواية (المنتخب) ويقول: ما ذكره في (الأحكام) تقديره أن الواجب قيمته بالغة ما بلغت ما لم يتجاوز دية الحر، والظاهر من رواية (الأحكام) خلاف ما كان يقوله.

ووجه ما ذكره في (المنتخب): أنَّه آدمي قُتل، فيجب ألا يزاد عوضه على الدية الكاملة، قياساً على الحر، وأيضاً قد ثبت في يده إذا قطعت أو رجله، أو عينه إذا فقئت، أنها يجب فيها النصف من عوضه عند يحيى - عليه السلام - والشافعي، ونستدل عليه فيما بعد أن الذي يجب النصف من /١٧٩/ ديته، فوجب ألا تزاد ديته على دية الحر، قياساً على الحر، وأيضاً هو محقون الدم على التأبيد، فوجب ألا تزاد ديته على الدية الكاملة، دليله الحر؛ ولأنا وجدنا العبد يتجاذبه أصلان، أحدهما البهيمة، والثاني الحر، فكان قياسه على الحر أولى من قياسه على البهيمة؛ لأنه به أشبه من حيث يجمعهما التكليف، وحقن الدم على التأبيد، ولزوم الكفارة في قتله؛ ولأن الحرية يجوز أن تطرأ عليه، دون البهيمة؛ ولأنا وجدنا العبد يوازي الحر في بعض الأحوال، وينقص عن الحر في بعضها، و لم نجد في شيء من الأصول له حالة يزيد فيها

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠١.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

(٣) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٤/٢٢٧.

على الأحرار، فكانت الأصول شاهدة لما قلنا، وناقضةٌ لما قالوه من جواز أن تزاد قيمته إذا قتل على دية الحر، وأيضاً هذا القول يؤدي إلى أن تكون الحرية سبباً للنقص في شخص واحد، وهو عكس الشرع، وذلك أن عبداً قيمته عشرون ألفاً لو قتل وهو عبدٌ، فعندهم أن الواجب عشرون ألفاً، ولو أعتق، ثُمَّ قتل، كان الواجب فيه عشرة آلاف، فتكون الحرية سبباً للنقص في شخص واحد.

ووجه ما في (الأحكام): أنَّه مالٌ يباع ويشترى، فأشبه البهيمة في أنَّ في قتله قيمته بالغة ما بلغت ؛ ولأن ضمان الغصب وضمان القتل يستوي في الحر والبهيمة[1]، فلا وجه لأن نقول: إن ضمان العبد يختلف في الغصب والقتل، وهذا غير صحيح؛ لأن الحر والعبد قد يخالف ضمانُ قتلهما ضمانَ غصبهما بالاتفاق؛ ولأن ضمان الغصب فيهما لا يتعلق به القصاص، وضمان قتلهما قد يتعلق به القصاص وليس كذلك البهيمة، وهذا وجه قوي يصح الاعتماد عليه لنصرة الرواية التي اخترناها، وهي رواية (المنتخب)، ويجوز أن يعتمد ذكر القصاص من غير ذكر الغصب، فيقال: لَمَّا جاز أن يتعلق بذكره القصاص، لم يتجاوز بديته الدية الكاملة، كالحر، وكذلك يختلف الحال بين ضمان الغصب وضمان القتل فيهما من وجه آخر، وهو أن الكفارة تتعلق بضمان القتل دون ضمان الغصب، وأيضاً قد ثبت أن النفوس في الجنايات لا تزاد على الدية، بدلالة أن نفوس الأحرار مع ما بينهما من التفاضل والتفاوت لا يزاد دية واحد منهم على الدية الكاملة، فوجب أن يكون كذلك العبد.

فإن قيل: فقد تنقص قيمته إذا قتل عن الدية، كأن يكون عبدٌ يساوي ألفاً، فما تنكرون من الزيادة عليها؟.

قيل له: لأن النقصان قد يكون في الديات، ألا ترى أن المرأة ينقص ديتها عن دية الحر، وكذلك دية الجنين؟ ومع ذلك لا يجوز أن يزاد على الدية شيء، فلم[2] يجب أن يكون النقصان كالزيادة، ويبين أن ضمانه في القتل ضمان النفوس في الجنايات أنَّه

---

(١) في (أ): وفي البهيمة.

(٢) في (ب): لم. وظنن على: فلم.

قد يتعلق به القصاص، وتتعلق الكفارة، وليس كذلك ضمان الغصوب، وضمان العتق؛ لأنه ضمان الأموال، ومما يبين ذلك أيضاً أن العاقلة تَعقِلُه، ولا تعقل ضمان /١٨٠/ الأموال.

مسألة: في جراحات العبيد

قال: وجراحات العبيد على قدر قيمهم، في عين العبد نصف قيمته، وفي جائفته ثلث قيمته، وفي ذَكره قيمته، وفي أنثييه قيمته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وبهذه الجملة يقول أبو حنيفة، والشافعي، وإن كان في بعض التفاصيل خلاف، قال أبو يوسف، ومحمد: يلزمه ما نقص منه.

والأصل في هذا: ما قدمناه من أن ضمان الجنايات عليهم مثل ضمان الجنايات على الأحرار، وقد روى ذلك زيد[2] بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليه السلام – أنَّه قال: تجري جراحات العبيد على نحو من جراحات الأحرار، في عينه نصف ثمنه، وفي يده نصف ثمنه، وإذا ثبت أن الجناية عليه مما تحمله العاقلة، وتتعلق به الكفارة والقصاص، وجب أن تجري جراحاته من قيمته مجرى جراحات الحر من ديته، ولِما بيناه من قبل أن أحواله بأحوال الحر أشبه منه بأحوال البهائم، فوجب أن يجري مجرى الحر، وعامة ما تقدم ذكره يمكن أن يعتمد عليه في هذه المسألة.

فإن قيل: كيف يجوز أن يجتمع لصاحبه عينه وبدله[3]، أو أكثر منه، وذلك كأن يقطع قاطع يديه، ويفقأ عينيه؟.

قيل له: ذلك ليس ببدل له، وإن كان مقدار البدل، وإنما هو بدل ما استهلك من أعضائه بحكم الشرع، فلا يمتنع أن يحصل لمالكه مع عينه، ألا ترى أنَّه غير ممتنع أن

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٨، والمنتخب: ٣٩٢.

(٢) في (أ): ذلك عن زيد.

(٣) في (أ): يجتمع عينه وبدله.

يؤاجره صاحبه مدة طويلة، ويجني عليه جانٍ جناية توجب أخذ النقصان، فيجتمع من أجرته وأرش نقصانه ما يوفي على قيمته، فيكون قد حصل لصاحبه عينه، مع أزيد من بدلها، فإذا جاز ذلك، لم يمتنع ما قلناه.

مسألة: في اشتراك جماعة في قتل رجل خطأ

قال: وإذا اشترك جماعة في قتل رجل خطأ، لزمت الجميعَ دية واحدة يشتركون فيها.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

وهذا ما لا خلاف فيه؛ لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «في النفس مائة من الإبل».فإذا كانت الجناية واقعة من الجماعة، كان الغرم على الجماعة.

مسألة: في اشتراك جماعة في قتل رجل عمداً

قال: وإذا اشتركوا في قتله عمداً، واختار أولياء الدم الدية، لزمت كل واحد منهم دية دية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٢].

وهذا مما لا أحفظه عن أحد من العلماء سواه، فإن كان خلاف الإجماع، فهو فاسد، ويجوز أن يكون عرف يحيى بن الحسين فيه قولاً لغيره لم يقع إلينا.

ووجهه: أن ولي الدم عنده بالخيار بين أن يأخذ دية المقتول، وبين أن يستقيد، وهذه المسألة تدل على أن له أن يأخذ دية من يلزمه القود، فإن شاء أخذ القود، وإن شاء أخذ دية من لزمه القود، (فإذا ثبت ذلك، ولزم القود جماعة، كان له أن يأخذ دية كل واحد منهم؛ لأنها عوض عن دمه)[٣].

فإن قيل: فلم[٤] جعلتم لولي الدم الخيار الثالث؟.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٣٠٥، والمنتخب: ٣٩٣.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٣٠٥، والمنتخب: ٣٩٣.
(٣) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٤) في (ب): قد.

قيل له: لأنَّه قد استحق دماءهم، وله العدول عنها إلى المال، فوجب أن يكون له العدول إلى المال الذي هو بدل تلك الدماء.

مسألة: في صبي ورجل يقتلان رجلاً عمداً

فإذا قتل رجلٌ وصبيٌ رجلاً عمداً، قُتِل الرجل به، ولزم عاقلة الصبي دية جنايته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

قال أبو حنيفة /١٨١/ : لا قصاص على العامد، وهو أحد قولي الشافعي.

ودليلنا قول الله - عز وجل -: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ وقوله - عز وجل-: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾(البقرة: ١٧٨)، فأوجب القصاص فيمن اختلفنا فيه، وأيضاً هو قاتل عمد، فوجب أن يلزمه القصاص، دليله لو انفرد، أو شاركه مثله، يبين ذلك أن مسلماً وذمياً لو اشتركا في مال يجب فيه الزكاة، لزمت الزكاة المسلم دون الذمي، ولم يكن سقوطها عن شريكه الذمي موجباً لسقوطها عنه، فبان أن المشتركين في الشيء لا يغير أحد الشريكين حكم صاحبه فيما له وعليه.

فإن قيل: قتل العامد يبيح نفسه، وقتل الصبي لا يبيح نفسه، بل يبقى على الحظر، والحظر والإباحة إذا اجتمعا، كان الحظر أولى، فوجب أن تكون نفس العامد أيضاً محظورة.

قيل له: هاهنا الحظر والإباحة لم يجتمعا في شيء واحد، وإنما اجتمعا في نفسين، فيبقى المحظور على حظره، والمباح على إباحته، وإنما يجب التغليب إذا اجتمعا في شيء واحد.

قال - أيده الله -: ادعى أصحاب أبي حنيفة الإجماع على أن المخطئ والعامد إذا اجتمعا في قتل، فلا قود على القاتل العامد، ويجب أن ينظر في هذا الإجماع، فإن كان الأمر على ما ادعوا، واستقر هذا الإجماع، فالمسألة قوية، وإن لم يكن ما ادعوه على

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦.

ما ادعوه، فوجه المسألة على ما ذكرناه أولاً، وفيه نظرٌ.

وقلنا: نصف الدية على عاقلة الصبي؛ لأن عمد الصبي خطأ، وأحد قولي الشافعي إن عمده عمدٌ، وذلك لا معنى له؛ لأنا إنَّما نريد أنَّه في الحكم كذلك، لا أنا نريد أن الصبي لا قصد له، فإن القصد أيضاً قد يكون للمجنون، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، والمجنون[1] حتى يفيق، والنائم حتى ينتبه».

مسألة: فيمن اقتتلا فمات أحدهما وبالآخر جراح

قال: ولو أن رجلين تواثبا بالسلاح، فقَتل أحدهما صاحبه، وأصابه من المقتول ضربات أذهبت عينه، وقطعت أنفه، ويديه، كان ورثة المقتول بالخيار، إن شاؤوا، قتلوا القاتل، وأعطوا دية عينه، وأنفه، ويديه، وإن شاؤوا، تركوا القاتل، وحاسبوه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

وهذا مبني على أن لولي الدم الخيار بين القتل، وأخذ الدية، وسنبين الكلام فيه فيما بعد، فإذا ثبت ذلك، فوجه المسألة أن كل واحد منهما قد جنى على صاحبه، فيجب أن يقع استيفاء موجب[3] الجناية من الوجهين، ويجب ما لزم للقاتل المقتولَ في مال المقتول إن كان له مال وإلا كان هدراً، كمن يموت مفلساً وقد قتل قتيلاً عمداً، أو شجه آمة، أو جرحه جائفة عمداً؛ لأن الذي يجب في ماله، وقد مات مفلساً لا مال له، فيكون هدراً.

تم، والله أعلم وأحكم بالصواب.

---

(١) في (أ): وعن المجنون.

(٢) انظر: المنتخب ٣٩٢.

(٣) في (أ): توجب.

باب القول في تحديد الدية وكيفية أخذها

مسألة: في مقادير الدية

الدية مائة من الإبل في أصحاب الإبل، وألفا شاه في أصحاب الشاء، ومائتا بقرة في أصحاب البقر، وألف دينار في أصحاب الدنانير، وعشرة آلاف درهم في أصحاب الدراهم.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١]. وبه قال أبو يوسف ومحمد، وزادا: مائتي حُلَّة في أصحاب الحلل.

قال أبو حنيفة: ثلاثة، في الإبل، والدراهم، والدنانير. والدراهم عندهم جميعاً عشرة آلاف كما قلناه، وأحد قولي الشافعي: الأصل الإبل، فإن أعوزت الإبل، كان على أهل الذهب ألف[٢] دينار، وعلى أهل الفضة اثنا عشر ألف درهم، وقوله الثاني إذا اعوزت الإبل، ففيها قيمتها بالغة ما بلغت.

وقال القاسم: الدية في الإبل، وما عداها صلح.

والأصل فيه: ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليه السلام – أنَّه قال: «في النفس في قتل الخطأ من الوَرِق عشرة آلاف درهم، ومن الذهب ألف مثقال، ومن الإبل مائة بعير، ربع جذاع، وربع حقاق، وربع بنات لبون، وربع بنات مخاض، ومن الغنم ألفا شاة، ومن البقر مائتا بقرة، ومن الحلل مائتا حلة يمانية»[٣].

وروى أن عمر جعل الدية على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق عشرة آلاف، والبقر في أهل البقر، والشاء في أهل الشاء، والحلل في أهل الحلل على نحو ما رويناه عن علي – عليه السلام – وما كان من عمر في هذا الباب كان بمشهد من

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٠ – ٢٩١، والمنتخب: ٣٨٣.

(٢) في (ب): عشرة آلاف. وظنن على: ألف.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

الصحابة، و لم يروَ عن أحد منهم أنَّه أنكره، فصار ذلك إجماعاً منهم، وإذا ثبت ذلك، فليس يخلو ما قاله علي وعمر من ذلك من أحد وجوه ثلاثة: إما أن يكونا قالاه على سبيل المراضاة، (أو على سبيل التقويم، أو من جهة التوقيف، ولا يجوز الأول)[1]؛ لأن ذلك لو كان، لنقل، وجعل[2] شرطاً فيما ذكر؛ لأن خصمين وإن تراضيا به، لم يلزم ذلك سائر الخصوم، فكان يجب أن يذكر التراضي على سبيل الشرط فيه، وإذا لم يذكر ذلك، و لم ينقل، بطل ذلك.

ولا يجوز أن يكونا قالاه على سبيل التقويم؛ لوجهين:

أحدهما: أن الأشياء لا تُقوَّم بالشاء، والبقر، والحلل.

والثاني: أن التقويم يختلف بحسب الأزمان، والأحوال؟ ولا يجب أن يُحمل الناس إلى آخر الدهر على تقويم زمان مخصوص، ألا ترى أن كل من رأى التقويم في الصدقات يجعل التقويم بحسب الأزمان والأحوال، فصح بما بيَّناه أنهما لم يقولا ذلك على سبيل التقويم.

فإن قيل: في الوجه الأول لهذه العلة قال أبو حنيفة إن الدية ثلاث: الإبل، والدراهم، والدنانير؛ لأنها لا تُقوَّم إلاَّ بالدراهم والدنانير.

قيل له: النقل ورد في الجميع على سواء، فإن بطل بعض ذلك، بطل الباقي، فإذا ثبت ذلك، ثبت أنهما قالاه على سبيل التوقيف، وأيضاً قد ثبت أن مثل هذه المقادير لا بد فيها من التوقيف إذا لم تثبت المراضاة، فصح ما قلناه.

فإن قيل: روي عن الزهري أنَّه قال: إن الدية على عهد رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم– مائة بعير، (ثمن كل بعير)[3] أوقية، فلما[4] كان في زمن عمر، غلت

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب). ونبه على معناه في الهامش.

(٢) في (ب): يجعل.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٤) في (ب): فذلك فلما. وشكل على: فذلك.

الإبل، ورخص الوَرِق، فجعلها اثني عشر ألفاً، ومن العين ألف /١٨٣/ دينار[١].

قيل له: يجوز أن يكون الزهري بلغه ما فعل رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قبل نزول هذه التقديرات، وما فعله عمر قبل وقوع التوقيف إليه؛ ألا ترى أن الأمر استقر إليه في آخره؟ فلو كان الأمر على ما قال، لوجب أن يزداد[٢] العين والورق أبداً، خصوصاً الورق، فإنه أبداً أرخص، والدينار قد بلغ عشرين درهماً، والإبل أيضاً غلاؤها زائدٌ، فأما قوله إنَّه جعلها اثني عشر ألفاً ، فيحتمل أن يكون أراد بوزن ستة؛ ليوافق ذلك سائر ما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - على أنَّه لا خلاف أن الورق يجب أن تكون قيمته ألف دينار على تقويم ذلك الزمان كان أصلاً برأسه، وثبت أن الدينار على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - إلى أيام أمير المؤمنين - عليه السلام - يُقوَّم بعشرة دراهم؛ بدلالة ما روي «أنَّه لا قطع إلاَّ في دينار، أو عشرة دراهم».وأن المجن الذي كان يقطع فيه كان يُقوَّم على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بدينار أو عشرة دراهم، وما روي عن علي - عليه السلام - أنَّه قال: ليت معاوية صارفني صرف الدراهم بالدنانير، يعطيني من أصحابه واحداً، ويأخذ من أصحابي عشرة. وإذا ثبت ذلك، ثبت أن الورق يجب أن يكون عشرة آلاف درهم، على أنَّه من المعلوم أن مائتي درهم في باب الزكاة جعلت في مقابل عشرين ديناراً، فدل ذلك أيضاً على أن الصرف كان عشرة بدينار.

فإن قيل: فإن يحيى - عليه السلام - لم يذكر الحلل.

قيل له: لم يذكرها، و لم ينكرها، وقد ثبت صحة القول بها؛ لِما رواه زيد بن علي - عليهما السلام -؛ ولأن ما دل على تقدير الدرهم، والدينار، والشاء، والبقر، دل على تقديرها.

---

(١) أخرجه البيهقي ٧٧/٨، وعبد الرزاق ٢٩١/٩.

(٢) في (ب): يزاد.

مسألة: في أخذ الدية مما يجده الجاني

قال: ومن لزمته الدية، لم يؤخذ إلاَّ ماله، و لم يُكلَّف سواه، إن كان ماله الدراهم، لم يكلَّف الدنانير، وإن كان ماله الدنانير، لم يكلف الإبل، وكذلك القول فيما سوى ذلك.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(١).

والمراد(٢) بذلك أن القوم إذا كان الغالب على أموالهم وتعاملهم الدراهم، لم يكلفوا غيرها، وهم أهل خراسان وما قاربها من البلدان، وإن كان الغالب على أموالهم وتعاملهم الدنانير، لم يكلفوا غيرها، وهم على ما حكي أهل مصر، والمغرب، وهكذا القول في غيرهم، والأكراد ومن نحا نحوهم(٣) أموالُهم الشاءُ، فلا يكلفون(٤) غيرها.

والوجه في ذلك التخفيف؛ لأن الدية صُنفت هذه الأصناف للتخفيف، فلا وجه لتكليف أخذ ما هو على خلاف أموالهم، وروي عن عمر: لا يكلف العرب غير الإبل، ولا القرى غير الدنانير، أراد فيما نظن(٥) - والله أعلم - تلك القرى المقاربة للشام ومصر التي تعاملهم بالدنانير.

مسألة: في كيفية أخذ الدية من الإبل

قال: وتؤخذ /١٨٤/ الدية أرباعاً في النفس وما دونها: ربع جذاع، وربع حقاق، وربع بنات لبون، وربع بنات مخاض، وكذلك دية المرأة تؤخذ أرباعاً على ما بيناه، هذه رواية (الأحكام)(٦).

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩١.
(٢) في (ب): المراد.
(٣) في نسخة: الأكراد ونحوهم.
(٤) في (ب): يكلفوا.
(٥) في (أ): فيما ظن.
(٦) انظر: الأحكام ٢/٢٩٠.

وقال في (المنتخب)[١]: في الموضحة والسن خمس من الإبل: جذعة، وحقة، وبنت لبون، وبنت مخاض، وابن مخاض، وقال فيه: وفي الإصبع عشر من الإبل: جذعتان، وحقتان، وبنتا لبون، وبنتا مخاض، وابنا مخاض[٢].

وقال في (الأحكام)[٣]: تؤخذ دية الموضحة فصاعداً أرباعاً.

قال أبو حنيفة: الدية أخماس، عشرون جذعة، وعشرون حقة، وعشرون ابنة لبون، وعشرون ابنة مخاض، وعشرون ابن مخاض.

قال الشافعي: كذلك، إلاَّ أنَّه قال: وعشرون ابن لبون، وحكي عن عمر، وابن مسعود، مثل قول أبي حنيفة، حكاه أبو بكر الجصاص، وذكر ابن أبي هريرة عن عمر مثل قول الشافعي.

فأما ما ذهبنا إليه، فهو قول أمير المؤمنين علي - عليه السلام - روى ذلك زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عنه [٤]، ورواه غيره [٥] أيضاً عنه، وهو مشهور عنه لم يختلف فيه.

ووجهه: أن الدية وجوبها توقيف، فكما أن عدد الإبل يجب أن يثبت بالاتفاق، أو بالتوقيف، كذلك أسنانها، وكما لا يجب أن يثبت من عددها ما لا توقيف فيه، ولا اتفاق عليه، كذلك لا يجب أن يثبت من سنها إلاَّ ما اتفق عليه، أو ورد فيه التوقيف، والأسنان التي قلنا بها مما اتفق عليها، فإن الكل قد قالوا بها، فيثبت[٦] الاتفاق، وما عداه لم يثبت، إذ لم يتفق عليه، فوجب أن يكون الصَّحيح ما قلناه.

فإن قيل: فقد روي نحو قول أبي حنيفة عن ابن مسعود عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -[٧].

---

(١) انظر: المنتخب ٣٨٥.

(٢) انظر: المنتخب ٣٨٥.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٠.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

(٥) في (أ): وروى غيره. والحديث أخرجه البيهقي ٨/٧٤، والدارقطني ٣/١٧٧، وابن أبي شيبة ٥/٣٤٦، عن عاصم بن ضمرة عنه.

(٦) في (ب): فثبت.

(٧) أخرجه البيهقي ٨/٧٥، وأبو داود ٤/١٨٤، وابن ماجة ٢/٨٩٧، وعبد الرزاق ٩/٢٨٨.

قيل له: الصَّحيح أنَّه موقوف على عبد الله، ومرفوعه لم يثبت عندنا، فإن ثبت، فلعله - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر به في موضع مخصوص على وجه مراضاة، أو لعوز الواجب على أولياء الدم، وأيضاً قد ثبت أن العُوذ والحُوار(١) لا يدخلان في أسنان الدية، فكذلك بنو مخاض، وبنو لبون، والعلة أنها لا تدخل في أسنان الزكاة إلاَّ على جهة التقويم، وللضرورة.

ووجه ما ذكره في (المنتخب) أنها إذا كانت أخماساً(٢)، لم يحتج في دية الموضحة والأصبع أن يشترك المعطي والمعطَى في شيء منه، ويجب الاشتراك إذا كانت أرباعاً؛ لأن الخَمْس والعَشْر ليس لهما ربع صحيح، فكان ذلك أسلم وأبعد(٣) من أذى المشاركة، والصحيح رواية (الأحكام) لما بيناه.

مسألة: في أنواع القتل

والقتل: عمد، وخطأ، ولا معنى لشبه العمد.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٤).

وحكى نحو قولنا عن مالك، وأثبت أبو حنيفة والشافعي وأكثر العلماء شبه العمد، وغلظوا الدية فيه.

والخلاف في هذا الباب يتعلق /١٨٥/ بموضعين:

أحدهما: موضع القصاص، فإن أبا حنيفة يُسقط القصاص في مواضع نحن نوجبه، ويوجبه الشافعي، ويغلظ فيه الدية، والكلام في هذا نوضحه في باب القصاص.

والثاني: في تغليظ الدية في مواضع مما لا قصاص فيه.

---

(١) العوذ: هي الحديثات النتاج جمع عائذ، والحوار: ولد الناقة من حين يوضع إلى أن يفطم، فإذا فصل سمي فصيلاً.

(٢) في (ب): إجماعاً. وظنن على: أخماساً.

(٣) سقط: وأبعد من (أ).

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٣ - ٢٩٤.

فأما التغليظ، فعند أبي حنيفة، وأبي يوسف، يجب أن تؤخذ الدية من الإبل أرباعاً، وذلك هو الدية عندنا في جميع المواضع على ما مضى القول فيه، فيصير تحقيق الخلاف بيننا وبينه فيما نسميه[1] خطأ محضاً، فإنه يوجب الدية فيه أخماساً، ونحن نوجبها فيه أرباعاً، وقد مضى الكلام في هذا، و لم يبق بيننا وبينه كلام، لا في التغليظ، ولا في غير التغليظ لما مضى.

وأما محمد، والشافعي، فإنهما ذهبا في التغليظ إلى أنّه ثلاثون جذعة، وثلاثون حقة، وأربعون خلفة في بطونها أولادها.

ووجه منعنا من التغليظ ما بيناه من أن أسنان إبل الدية لا يمكن إثباتها إلاّ بالتوقيف، أو الاتفاق، كما لا يجوز إثبات عددها إلا كذلك ، وهذا التغليظ لم يحصل عليه اتفاق ، ولا ورد فيه توقيف، فوجب ترك القول به.

فإن قيل: والمقدر ورد التوقيف به؛ وذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يوم فتح مكة: ألاَ إنَّ في قتل العمد الخطأ - بالسوط، والعصا، والحجر - الدية مغلظة، منها أربعون خلفة في بطونها أولادها[2].

قيل له: هذا الخبر لم يقبله كثير من العلماء، وذلك أن مالكاً أنكر شبه العمد مثل قولنا، أو قال: ليس إلاّ عمد أوخطأ، وأبو حنيفة وأبو يوسف أيضاً لم يعملا به؛ لأنهما قالا في التغليظ بغير ما في هذا الخبر، والشافعي قد يوجب القود بالحجر الكبير، والعصا الذي مثله يقتل.

ثُمَّ اختلفت[3] الصحابة في التغليظ، فروي عن[4] عبد الله بن مسعود أرباعاً مثل قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، وروي عن علي - عليه السلام - وأبي موسى والمغيرة مثل قول محمد والشافعي، وروي عن علي رواية أخرى، وهي ثلاث وثلاثون جذعة،

---

(١) في (ب): في تسميته.

(٢) أخرجه البيهقي ٨/٤٥، والدارقطني ٣/١٠٤، والنسائي ٤/٢٣٢ عن ابن عمر.

(٣) في (ب): اختلف.

(٤) في (أ): فروى عبد الله.

وثلاث وثلاثون حقة، وأربعٌ وثلاثون ما بين ثنية إلى بازل عامها، في بطونها أولادها، فلو كان الخبر مضبوطاً في مثل ذلك المشهد العظيم، لم يختلف العلماء في موجبه هذا الاختلاف، وفي وقوع هذا الخلاف دليل على ضعف هذا الخبر[١]، وقد قيل: إن سنده مضطرب، ذكره أبو بكر الجصاص، فإذا ثبت ذلك، ثبت أنَّه لا يجوز الاعتماد عليه، فلم يثبت فيه التوقيف، ولا أُجمع فيه، فوجب العدول عنه.

ومما يدل على أن لا تغليظ أن فقهاء الأمصار الذي قالوا بالتغليظ أجمعوا على أن لا تغليظ إلاَّ في الإبل، فلو كان التغليظ صحيحاً، وكان حكماً مقطوعاً، لزم في جميع أصناف الدية.

/١٨٦/ ويجوز القياس فيه بأن يقال: لا تغليظ في الذهب والفضة، فوجب ألا يكون في الإبل؛ والعلة أن كل واحد منهما من أصناف الدية، على أن التغليظ لو وجب، لوجب بحال يرجع إلى القتل، ولم يجب بحال يرجع إلى أصناف الدية؛ لأن الأصناف لا تؤثر في هذا الباب، وإنما المؤثر في ذلك حال القتل، وفي علمنا بأن جميع أحوال القتل إذا كانت من العين أو الورق أو الشاء أو البقر لا تغليظ فيه دلالة على أن أحوال القتل لا توجبه، وإذا ثبت ذلك، سقط وجوب التغليظ؛ لأن[٢] كون الدية من الإبل لا يوجب ذلك؛ لأنَّه لو أوجبه، لأوجب في كل خطأ بعد أن تكون الدية إبلاً، وهذا خطأ بالإجماع.

فإن قيل: روى زيد بن علي يرفعه إلى علي - عليه السلام - التغليظ في جميع أصناف الدية[٣].

قيل له: يحتمل أن يكون[٤] زيد أدرجه في روايته عن علي - عليه السلام - فلم يثبت عنه ما ادعيته، على أن الرواية في هذا عن علي لو ثبتت، لم نخالفه، إلاَّ أن

---

(١) في (أ): ضعف الخبر.

(٢) في (أ) و(ب): أن، وظنن في (ب) على: لأن.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

(٤) في (أ) و(ب): أن يكون ذلك.

الروايات قد اختلفت، واضطربت على ما بيناه، والله أعلم.

فإن قيل: فما تقولون في الخبر إن ثبت عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -؟.

قيل له: يحتمل أن يكون أراد أن يعرفنا جواز العدول عن القود إلى الدية، وأن تغليظ الدية والزيادة على الأصل المقرر منها جائز على سبيل الصلح، وأن يكون أراد بقوله: الخطأ العمد، تطييباً لنفوس أولياء الدم، وتنبيههم على أن الإنسان قد يقصد الضرب بهذه الآلات، وإن لم يقصد القتل، وإن كان الغالب أن من ضَرب بالسيف فإن قَصْدَه يكون القتل، وإن كان الحكم في باب القود في الجميع سواء.

فإن قيل: فما تقولون فيما روي عن الصحابة في هذا الباب؟.

قيل له: يحتمل أن يكونوا قالوا من ذلك ما قالوا على طريق الصلح عن العمد، فلهذا اختلفت عنهم الروايات بحسب اختلاف أولياء الدم والقاتلين؛ إذ جائز أن يكون بعض أولياء الدم رضي بالسن، كما روي عن عبد الله في الأرباع، وبعضٌ رضي بما روي عن علي، وعمر، وبعض رضي بما روي عن علي من الرواية الأخيرة، فكل ذلك جرى على طريق الصلح فيما استحق به القود، والله أعلم.

مسألة: في المدة التي تؤخذ فيها الدية

قال: والدية الكاملة تؤخذ في ثلاث سنين، في كل سنة ثلثها، وما كان نصف الدية مثل دية العين، أو اليد، أو نحوهما، أُخذ في سنتين، وكذلك ثلثا الدية تؤخذ في سنتين، وكذلك ثلاثة أرباعها، وثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة، (وكذلك ما كان أقل من ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة)[١].

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

اعلم أن الصحابة اتفقوا أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين في أيام عمر، ولم يذكر عن أحد منهم خلاف بعد أن ظهرت /١٨٧/ المسألة، والأقرب أنّه كان عن توقيف؛ لأنّه

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٥ - ٣٠٦.

لا يجوز أن يجتمعوا على تأخير حق لازم بضرب من الاجتهاد، ولم يختلف أيضاً بعد ذلك على ما عرفت أحد من العلماء فيه، فصار ذلك إجماعاً من المسلمين، وإذا كانت الدية في ثلاث سنين، أخذ الثلث في سنة واحدة، وكذلك ما دونه، وأخذ النصف في سنتين؛ لأن الثلث يؤخذ في سنة واحدة، والباقي وهو سدس يؤخذ في سنة ثانية[١]، وكذلك الثلثان يؤخذ في سنتين؛ لأن كل ثلث يؤخذ في سنة، (وكذلك ثلاثة الأرباع يؤخذ في سنتين؛ لأن كل ثلث يؤخذ في سنة)[٢]، والباقي – وهو نصف السدس – جعله تابعاً للثلثين؛ لأنّه يسير، فجعل اليسير تابعاً للكثير، وهذا وجه ما ذكر من التفصيل.

قال: وإذا لزم الرجل ديات عدة، أخذ كلها في ثلاث سنين. وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

وذلك أن الديات لا تتداخل؛ لأنها[٤] من حقوق بني آدم، فيأخذ من كل دية في كل سنة ثلثها، فيؤخذ[٥] الجميع في ثلاث سنين، ولا أحفظ في هذا خلافاً.

مسألة: في عفو المجني عليه قبل الموت

قال: ولو أن رجلاً ضرب رجلاً بالسيف، فعفا عنه المضروب قبل أن يموت، ثُمَّ مات، كان وصية، إن كان له مالٌ تكون الدية ثلثه، فلا شيء عليه، وإن لم يكن له مال[٦] تكون الدية في ثلثه، سقط عنه من الدية مثل ثلثه[٧]، ولا قود عليه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٨].

---

(١) في (أ): واحدة. وصوب: ثانية.
(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٨.
(٤) في (ب): لأن. وظنن علي: لأنها.
(٥) في (ب): يؤخذ.
(٦) في (أ): يكن مال.
(٧) في (ب): مقدار الثلث.
(٨) انظر: المنتخب ٣٩٢.

وهذا إذا عفا عن[١] القصاص والدية جميعاً؛ لأن العفو عن الدم عندنا لا يوجب العفو عن الدية على ما نبينه بعد هذا في باب القصاص، وإذا عفا عن الدية مع القصاص، كانت الدية وصية؛ لأن الدية موروثة عنه بمنـــزلة سائر أمواله، ولا أحفظ فيه خلافاً بين عامة العلماء، إلاَّ شيئاً يحكى في الزوجة عن بعضهم، فإذا ثبت، فعفوه إبراؤه منها، فيجري مجرى إبرائه من مالٍ له على آخر أنَّه يراعَى فيه الثلث إذا كان الإبراء في المرض، فكذلك ما ذكره.

مسألة: في عفو المجروح بعد تقدير الدية

قال: وكذلك إن قدر لجرحه شيء بعينه، فعفا عنه المضروب، ثُمَّ مات منه، كان ذلك القدر وصية، وسقط عنه القتل.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

وذلك أنَّه يكون قد رضي أن يتحول دمه إلى الدية إذا لزمه المقدار المقدر لجرحه، فسقط عنه القود، فصار ذلك وصية للجارح.

---

(١) في (أ): عفا عنه عن.
(٢) انظر: المنتخب ٣٩٢.

باب القول فيما يلزم العاقلة

مسألة: في من يتحمل دية الخطأ

كل جناية يجنيها الإنسان على النفس فما دونها على سبيل الخطأ، فديتها على العاقلة، إلاَّ أن تكون الجناية تثبت [١] باعتراف الجاني على نفسه، فإن ديتها في خاصة ماله.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٢].

الأصل في إيجاب دية الخطأ على عاقلة الجاني: الأخبارُ المستفيضة عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - التي تلقتها العلماء بالقبول: منها أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى في الجنين /١٨٨/ بالغرة، وجعلها على[٣] عاقلة الجاني.

وروي عن جابر[٤] أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى، فجعل رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - دية المقتولة على عاقلة القاتلة[٥].

وعن المغيرة بن شعبة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المرأة يعقل عنها عصبتها، ويرثها بنوها»[٦]، والأخبار في هذا كثيرة تطول إن تتبعناها.

وروي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن علياً قال في ديات الخطأ: كل ذلك على العاقلة[٧].

---

(١) في (ب): ثبت.

(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢، ٢٩٩، والمنتخب: ٣٨٤.

(٣) في (ب): في.

(٤) في (ب): روى جابر.

(٥) أخرجه البيهقي ١٠٧/٨، وأبو داود ١٩٢/٤، وأبو يعلى ٣٥٥/٣.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٠٣/٥.

(٧) مسند الإمام زيد كتاب الحدود ، باب الديات.

وقضى بها عمر في وفارة من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فلم ينكره أحد، فصار ذلك إجماعاً، ولا أعرف أن العلماء اختلفوا في ذلك إلى يومنا هذا.

فأما ما اعترف به الجاني على نفسه، فهو من خاصة ماله؛ لأن القياس كان يوجب أن تكون الجنايات كلها على الجاني، لكنا اتبعنا الأثر، والإجماع، ولم يرد الأثر في المعترف أن جنايته على العاقلة، وأجمع العلماء على ما أحفظ[١] أنَّه في خاصة ماله، فقلنا ذلك.

وروي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «لا تعقل العاقلة عمداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً»[٢].

مسألة: فيمن يتحمل دية ما دون الموضحة

قال: وكذلك إذا كانت الجناية دون الموضحة، كانت ديتها في خاصة مال الجاني، إن كان مؤسراً وفَّرها، وإن كان معسراً سعى فيها، هذه رواية (الأحكام)[٣].

وقال في (المنتخب)[٤]: تلزم العاقلة دية ما دون الموضحة أيضاً قلَّ، أو كثر.

ما ذكرناه أولاً به قال أبو حنيفة وأصحابه، وهو الأصح، ورواية (المنتخب) من إلزام العاقلة ما قلَّ أو كثر به قال الشافعي.

ووجه رواية (الأحكام): أن الدية تلزم الجاني؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾(الإسراء: ١٥)، وقوله - عز وجل-: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾(الأنعام:١٦٤)، وقياساً على جنايات الأموال، فلما كان الأصل ما ذكرناه، خصَّصْنا الظواهر، وعدلنا عن القياس حيث وُجِدَ الأثر، وحصل الإجماع، وذلك في

(١) في (ب): العلماء فيما أحفظ.
(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود ، باب الديات.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٩.
(٤) انظر: المنتخب ٣٨٤.

النفس [١] والموضحة فما فوقها، وتركنا الباقي [٢] على ما اقتضت الظواهر، ودل عليه القياس.

فإن قيل: ما كان في عمده القياس، فوجب أن تحتمل خطأه العاقلة.

قيل له: ليس الاعتبار بذلك، ألا ترى أن العاقلة تعقل ما لا قصاص في عمده، وهو الجائفة، والآمة، والمنقلة؟

فإن قيل: فإن غرمت العاقلة نصف العشر، فقد غرمت ما دونه.

قيل له: لا يمتنع أن تغرم مقداراً ولا تغرم ما دونه على الانفراد؛ ألا ترى أن القطع يجب في مقدار مخصوص، فيكون قد قطع فيما دونه، ولو انفرد ما دونه ، لم يجب له القطع؟ على أنَّ تحمل العاقلة إنَّما هو مواساة، فوجب أن يكون له مقدار مخصوص، كالزكاة لما كانت مواساة، وجب أن يكون تعلقها بمقدار مخصوص.

وحكى عن مالك أن العاقلة لا تعقل ما دون الثلث، والذي يسقط قوله ما /١٨٩/ روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى بالغرة على العاقلة، وهي نصف عشر الدية.

فإن قيل: فما تقولون في العشرة لو اجتمعوا على موضحة، أليس يحمل ديتها العاقلة؟.

قيل له: هذا ليس بمحفوظ عن أصحابنا، والأقرب أن العاقلة لا تحمله؛ لأن ما يخص كل واحد منهم يسير.

ووجه رواية (المنتخب): أن العاقلة حملت الدية لحرمة النفس، والقليل والكثير فيه سواء، أو يقال: إذا حصل الاتفاق على نصف العشر، أو الثلث، أن العاقلة تحمله، فــكذلك ما دونه؛ لأنَّه مما يتعلق بالنفس؛ ألا ترى أن ما يتعلق بالأموال لا تحمله العاقلة، قلَّ أو كثر؟ فوجب أن تتحمل ما يتعلق بالنفس، قَلَّ، أو كثر.

---

(١) في (أ): السن.
(٢) في (ب): البواقي.

مسألة: فيمن يتحمل دية العمد أو الصلح

قال: ولا تعقل العاقلة دية شيء من العمد، ولا دية ثبتت صلحاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

وذلك مما لا خلاف فيه، وقد قدمنا ما رواه زيد بن علي، عن علي - عليه السلام-: «لا تعقل العاقلة عمداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً»[٢]. على أن المواساة وجبت للمخطئ؛ لأنه[٣] لم يتعمد الجناية، فمن تعمدها، فلا وجه لأن يُتحمل عنه، والصلح أيضاً يجري مجرى العمد؛ لأنَّه قاصدٌ إلى الجناية، فأشبه العمد.

مسألة: فيمن يعقل جناية العبد

قال: ولو أن عبداً جنى جناية، لم تعقلها عاقلة سيده عنه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٤].

وذلك لأن فعل العبد ليس بفعل سيده؛ ألا ترى أنَّه هو المعاقَب عليه، وأنه إن كان عمداً، لزمه القصاص دون سيده؟ فلم يجب أن تتحمله عاقلة سيده؛ لأنهم ليسوا عواقل للعبد، والعبد هو الجاني، والعاقلة لا تتحمل إلاَّ عن من هي عاقلة له، دون من سواه.

مسألة: في جناية الحر على العبد

قال: وإذا جنى الحر على العبد خطأ، كانت الدية على عاقلة الجاني.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٥].

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٩، والمنتخب: ٣٨٤.
(٢) وأخرجه البيهقي ٨/١٠٤، والدارقطني ٣/١٧٨، وابن أبي شيبة ٥/٤٠٥ عن ابن عباس وعمر والشعبي موقوفاً.
(٣) سقط من (أ): لأنه.
(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٩، والمنتخب: ٣٨٤.
(٥) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٩.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وروي عن أبي يوسف أنَّه قال: هي من مال الجاني؛ لأنَّه جعل الجناية على العبد كالجناية على سائر الأموال على أصله في إيجاب قيمته بالغة ما بلغت.

ووجهه: أنها بدل النفس، فوجب أن تتحمله العاقلة، كدية الحر؛ولأن الدلالة قد دلت على أن العبد لا يجري في الجناية عليه مجرى الأموال في أن قيمته لا تزاد على دية الحر، وفي أن أعضاءه تقسط على قيمته كما قسطت أعضاء الحر على ديته، فثبت أن حكمه حكم الحر، ولأن القصاص يتعلق به، فيقص له، ويقتص منه، فيجب أن يجري في العقل مجرى الأحرار، وحكى عن أبي حنيفة وأصحابه أن ما جناه الحر على العبد فيما دون النفس فالعاقلة لا تتحمله؛ لأن ضمانه ضمان الأموال، وليس ذلك كذلك؛ لأن في عينه نصف قيمته، وفي إحدى يديه نصف قيمته، فبان أن ضمانه ضمان الأحرار، دون ضمان الأموال، فبطل ما قالوه، وقد قال أبو حنيفة: لو فقأ عينيه، كان صاحبه بالخيار، إن شاء أمسكه، ولا[1] شيء له غيره، وإن شاء سلمه، وأخذ /١٩٠/ من الجاني قيمته، فجعله أسوأ حالاً من البهيمة؛ لأن صاحبها له أن يمسكها ويأخذ ما نقصت منها الجناية، والذي دعاه إلى هذا أنَّه قال: لا يجتمع عند صاحبه عينٌ وبدلها، هذا قد بينا الكلام فيه فيما تقدم، فلا معنى لإعادته، على أنَّه يوجب في إحدى عينيه، أو إحدى يديه، أو رجليه، نصف قيمته، فيقال له: كيف جاز أن تحصل له العين، ونصف قيمتها؟ فإن جاز ذلك، فلِمَ لا يجوز أن يحصل له العين وجميع قيمتها؟.

مسألة: في عقل البهائم والعروض

قال: ولا تعقل العاقلة شيئاً من البهائم والعروض.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

وهذا ما لا خلاف فيه، لأن العاقلة إنَّما تتحمل النفس فقط.

---

(١) في (أ): لا.
(٢) انظر: المنتخب ٣٨٩.

مسألة: في تفسير العاقلة

قال: والعاقلة فهي العشيرة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

اعلم أن المراد بها أنهم هم العصبة، الأدنون منهم فالأدنون الذين بلغوا[٢] إلى حد يحتمل الدية أجمع، وذلك ما لا أحفظ فيه خلافاً، ولأنه روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه جعل دية المرأة التي قتلتها الأخرى على عصبة القاتلة، ولأن عمر قال لعلي – عليه السلام – حين قال في المُجهَضة: إن كانوا قد عرفوا، فقد غشوك[٣]، وإن كانوا لم يعرفوا، فقد جهلوا، أقسمتُ عليك لتجعلنها على قومك، يعني قريشاً، ولأن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قضى بالإرث لأهله، وقضى بالدية على العاقلة دون أهل الميراث، وبه قال الشافعي، قال أبو حنيفة: العاقلة هم أهل الديوان، واحتج بعمر أنَّه قضى بالعقل عليهم.

قيل له: إن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قضى بالدية على العاقلة، ولا ديوان في عصره، فعلم أنهم هم العصبة على ما روي عنه – صلى الله عليه وآله وسلم – وما روي عن عمر يجوز أن يكون المراد به: جعلها على العصبة الذين جمعهم الديوان، لكونهم عشيرة وعصبة، لا لكونهم من أهل الديوان، فيكون موافقاً لقضاء رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – والعقل موضوع على النصرة، لهذا لا تدخل فيه المرأة، ولا الصبي، وقد علمنا أن التناصر كان في القبائل.

فإن قيل: فإن عمر جعل التناصر بين أهل كل ديوان.

قيل له: التناصر وجوبه عام بين المسلمين، فلا يجوز لعمر أن يخصص به قوماً دون قوم، فيكون قد رفع الواجب عن بعض من أوجبه الله عليه، لأن المسلمين يلزم جميعهم نصرة بعضهم لبعض، والعقل لم يوضع على هذا؛ لأنَّه لو كان على هذا، للزم العقل جميع المسلمين، وإنما وضع على نصرة القبائل التي كانت في الإسلام، وقبل الإسلام،

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤.

(٢) في (ب): يلوا. وظنن على بلغوا.

(٣) في (أ): غشوا.

فوجب صحة ما قلنا من أنهم هم العصبة والعشيرة، يبين ذلك أن الذمي إذا كانت له عاقلة من أهل الذمة، تحملوا عنه؛ للتناصر الذي بينهم؛ لا لتناصر الإسلام.

مسألة: في تحمل البطن الأدنى لجميع الدية

قال: ولا ينبغي أن تحمل الدية /١٩١/ على البطن الأدنى إلى الجاني إذا لم يحتملها، بل[(١)] يضم أقرب البطون إليه كذلك إلى أن يكون الذي يلزم كل واحد منهم في كل سنة كسراً كسراً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[(٢)].

وهذه الجملة لا خلاف فيها؛ لأنَّها لو اقتصر بها على البطن الأدنى، لثقل ما يلزمهم، فأجحفهم[(٣)]، فوجب أن يضم إليهم سواهم أبداً إلى أن يكون ما يلزم كل واحد منهم[(٤)] شيئاً قليلاً، ويحيى بن الحسين - عليه السلام - لم يجد ما يلزم كل واحد منهم أكثر من قوله كسراً كسراً، والأقرب عندي - والله أعلم - أنَّه يجب أن يكون الذي يلزم كل واحد منهم في ثلاث سنين أقل من عشرة دراهم.

ووجهه[(٥)]: ما ثبت من وجوب القطع في عشرة دراهم، وما روي أن اليد لم تكن تقطع في التافه على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فثبت[(٦)] أن ما دون العشرة تافه لامتناع وجوب[(٧)] تعلق القطع؛ فلذلك قلنا: إن الواجب أن يكون[(٨)] ما يلزم كل واحد منهم دون عشرة دراهم[(٩)]، وذلك يكون من تسعة إلى ثلاثة، لأن ثلاثة[(١٠)] أقل ما قيل فيه، والله أعلم.

---

(١) في (ب): ثم. وظنن على: بل.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٤.
(٣) سقط من (ب): فأجحفهم.
(٤) في (أ): منها.
(٥) سقط من (ب): ووجهه. وظنن عليها.
(٦) في (أ): وثبت.
(٧) سقط من (ب): وجوب.
(٨) سقط من (ب): أن يكون.
(٩) سقط من (ب): دراهم.
(١٠) سقط من (ب): لأن ثلاثة.

مسألة: في تحمل العاقلة دية الصبي

قال: ودية جناية الصبي على العاقلة، ولا فصل بين عمده وخطئه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)(١).

وذلك لقوله: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم».ولأن جنايته وإن كانت عمداً، فلا قصاص فيها، فبان أنَّه خطأ حكماً، وإن كان منه قصد، كالمجنون، فإذا كان كذلك، وجب أن تكون العاقلة تحتمل خطأه(٢) وعمده جميعاً، إذ العمد منه خطأ حكماً.

فصل: فيما يحمله الجاني من العقل

والجاني لا يحمل(٣) من العقل شيئاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٤)، وكذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتحمل كما يتحمله واحد من العاقلة.

ووجه قولنا: أنَّه يحمل عنه تخفيفاً عليه، فلو حمَّلناه، أبطلنا ما إليه قصدنا، ولأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما قضى بالدية على العاقلة، لم يقل والجاني يكون كأحدهم، وكذلك ما روي عن علي - عليه السلام - أن ديات الخطأ كلها على العاقلة لم يشترط أن يكون الجاني كأحدهم، وعمر لما قال: أقسمت عليك لتجعلنها على قومك، لم يقل فأكون كأحدهم؟ وعلي لم يأمره بذلك، فبان أنها تلزم العاقلة دون الجاني، وأيضاً قد ثبت أن العقل موضوع على النصرة، فلو أدخلنا الجاني فيه، جاز أن يكون الجاني امرأة، أو صبياً، وهما ليسا من أهل النصرة، فنكون قد أدخلنا في العقل من ليس من أهل النصرة، وهذا نقض موضوع /١٩٢/ العقل.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦، والمنتخب: ٣٩٩.

(٢) في (ب): أن تلزم العاقلة بتحمل خطئه.

(٣) في (ب): يتحمل.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٤.

مسألة: فيمن يعقل جناية ولد الحرة من العبد

قال: ولو أن حرة تزوجت عبداً، فولدت غلاماً، فجنى في حال رقِّ أبيه، لزمت جنايته عاقلة أمه دون أبيه، وكذلك إن أعتق أبوه قبل إيفاء الدية إذا كانت الجناية في حال رقه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1].

وذلك أن نصرته على عاقلة أمه، فلذلك ألزمناهم عقل جنايته في حال الضرورة، (كما نجعل الولاء لموالي الأم في حال الضرورة)[2] وذلك إذا تزوج العبد مولاةً لقوم، فولدت ولداً؛ ألا ترى أنَّه لا خلاف أن ولاءه لموالي أمه ما دام أبوه عبداً لحال[3] الضرورة؟ فكذلك العقل.

مسألة: في عقل جناية الصبي إذا لم يكن له عاقلة

قال: والصبي إذا لم تكن له عاقلة، وكان له مال، كانت دية جنايته في ماله، وإن لم يكن له مال، كانت في بيت مال المسلمين.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4].

واختُلف في ذلك عن أبي حنيفة وأصحابه، والشافعي يجعلها في بيت مال المسلمين.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الجناية إنَّما تلزم الجاني كما بيناه، ولكن ورد الشرع أنها تتحملها عاقلة الجاني على بعض الوجوه عن الجاني، فاتبعنا الشرع، فإذا لم تكن له عاقلة، عادت في ماله، كما نقول: زكاة الفطر تلزم المرأة كما تلزم الرجل، فإذا كان للمرأة زوج، حملها عنها، وإذا لم يكن لها زوج، رجعت في مالها خاصة، يؤكد ذلك أن ما لا تتحمله العاقلة من جناية العمد، والصلح، والاعتراف، وما دون الموضحة، تلزم الجاني في خاصة ماله، والعاقلة لا تتحمل حكماً[5] ولا تتحمل تعمداً[6]، وجب

(١) انظر: المنتخب ٣٩٩.
(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٣) في (أ): بحال.
(٤) انظر: المنتخب ٣٨٨.
(٥) سقط من (أ): حكماً.
(٦) هكذا في النسخ، وفي هامشها كتب: في الأصل تعذراً.

أن تكون في مال الجاني، كما أنها إذا لم تتحمله حكماً، كان في ماله؛ لامتناع تعلقه بالعاقلة، وقد نص في (المنتخب)[(١)] أن أهل الذمة إذا لم تكن لهم عواقل، لزمتهم في خاصة أموالهم، فعلى هذه الجملة إذا كان في عواقل الجاني قلة، و لم يحتملوا الدية، كان ما فضل عنهم وعجزوا عن تحمله راجعاً إلى خاصة مال الجاني، وقال الشافعي: يرجع إلى بيت مال المسلمين، بَناه على قوله: إن من لا عاقلة له فدية جنايته في بيت المال، كما بنيناه على قولنا: إن دية جنايته ترجع إلى خاصة ماله.

قلنا: فإن لم يكون له مال، كان ما لزمه في بيت مال المسلمين؛ لأن بيت مال المسلمين إنَّما هو لمصالحهم، فيعان كما يعان الغارم، والمكاتب، ومن تحمل حمالة، أو لزمه خطبٌ فَدَحَه، أو أمر كربه.

مسألة: في حكم جنايات الصبي والمجنون

قال: وجنايات الصبي كلها خطأ، وديتها على عاقلته، وهذا قد مضى الوجه فيه، فلا طائل في إعادته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[(٢)].

قال القاسم – عليه السلام –: وجنايات المجنون كلها خطأ، وديتها على عاقلته، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً.

ووجهه: ما قدمنا في جناية الصبي لأن حالهما واحدة.

مسألة: في المسلم يجني وعشيرته مشركون

قال: ولو أن مسلماً جنى وعشيرته مشركون، عقل عنه المسلمون دون عشيرته، وهذا – على ما بيناه – إذا لم يكن له مال، لزم المسلمين إعانته، وإن[(٣)] كان بيت المال، أعانه الإمام منه، وإن لم يكن، أعانه المسلمون.

---

(١) انظر: المنتخب ٣٩٠.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦. والمنتخب: ٣٩٩.
(٣) في (ب): إن.

باب القول في القسامة

مسألة: فيما تجب فيه القسامة

القسامة تجب في القتيل يوجد في القرية، أو المدينة، لا يدعي أولياؤه على رجل بعينه أنّه قتل قتيلهم، فإذا كان ذلك كذلك، جُمع من رجال تلك القرية، أو المدينة، خمسون رجلاً يختارهم أولياء القتيل، فيقسمون بالله ما قتلناه، ولا علمنا قاتلاً[1]، فإذا حلفوا كلهم، خُلّي سبيلهم، وكانت /١٩٣/ الدية على عواقل أهل تلك القرية، أو القبيلة، التي وجد فيها القتيل.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[2]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

وقال الشافعي: الأيمان على المدعين، فإن حلفوا، استحقوا الدية، وقيل: إن له قولاً آخر: إنهم يستحقون الدم - وأظنه قول مالك - فإن أبوا، ردت الأيمان على المدعَى عليهم.

والأصل فيما ذهبنا إليه الحديث الذي ذكره يحيى بن الحسين في (الأحكام)[3] وهو حديث زياد بن أبي مريم، قال: جاء رجل إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: إني وجدت أخي قتيلاً في بني فلان، فقال: «اجمع منهم خمسين رجلاً، فيحلفون بالله ما قتلوا، ولا علموا[4] قاتلاً».

قال: يا رسول الله، مالي من أخي إلاَّ هذا؟ قال: «بلى، لك مائة من الإبل»[5].

فدل هذا الحديث على أن الأيمان على الذين وجد القتيل[6] فيهم، وعلى أنهم يغرمون الدية، وهو نص ما ذهبنا إليه.

---

(١) في (أ): قاتله.

(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٦، والمنتخب: ٣٨٨.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٣٠٧.

(٤) في (ب): يعلمون.

(٥) رواه الهادي في الأحكام ٢/٣٠٧.

(٦) في (أ): القتل.

وروي عن الزهري أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى بالقسامة على المدعى عليهم[١].

وعن عمر بن أبي خزاعة أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى بالقسامة على المدعى عليهم.

فدل جميع ذلك على أن الأيمان [٢] على الذين وجد القتيل فيهم، ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه».

فإن قيل: (قد روي في الخبر)[٣] إلاَّ في القسامة[٤].

قيل له: هذا يحتمل معنيين:

أحدهما: أن يكون أراد إلاَّ في القسامة، فإنه يحلف فيها[٥] من لم يُدَّع عليه بعينه.

والثاني: إلاَّ في القسامة، فإنها لا تبرى من الخصومة.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في قتيل قتل[٦] في محلّة لا يُدرَى من قتله، فقضى عليٌّ على أهل[٧] المحلة أن يُقسِم منهم خمسون رجلاً بالله ما قتلناه، ولا علمنا قاتلاً، ثُمَّ يغرمون الدية[٨].

وروى أبو الحسن الكرخي بإسناده، عن الشعبي، عن مسروق، قال: وجد قتيل بين قريتين، فكُتب فيه إلى عمر، فكتب أن قيسوا ما بين القريتين، فأيهما كان أقرب، فاستحلفوا منهم خمسين رجلاً ما قتلنا، ولا علمنا قاتلاً، ثم اقسموا الدية.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٤٣/٥، والطحاوي ٢٠٢/٣.

(٢) في (ب): القسامة.

(٣) ما بين القوسين بياض في (ب).

(٤) أخرجه البيهقي ١٢٣/٨، والدارقطني ١١٠/٣.

(٥) سقط من (ب): فيها.

(٦) في (ب): وجد.

(٧) في (أ): فقضى على أهل.

(٨) مسند الإمام زيد كتاب الحدود باب الديات.

وروى أبو سعيد الخدري، قال: وجد قتيل بين قريتين، فأمر النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فذرع ما بينهما، فوجد[١] إحداهما أقرب، فألقاه على أقربهما[٢].

قال يحيى بن الحسين، وروى نحوه إذا وجد بين القريتين[٣] عن علي عليه السلام[٤].

وفي بعض الأخبار أن عمر لما قضى بذلك، قيل له: يا أمير المؤمنين، تُحلفنا، وتُغرِّمنا؟ قال: نعم، وفي بعضها قال: نعم، فبم يبطل دم هذا ؟ وما فعله عمر من ذلك كان مشهوراً بين الصحابة، فلم ينكره منكرٌ، فكان ذلك إجماعاً.

وأما حديث سهل بن أبي حثمة الذي اعتمده الشافعي في القسامة، فهو مما لا يجوز الاعتماد عليه لما نذكره، وذلك لما روي أن قتيلاً وجد في بعض قُلُب اليهود بخيبر، فجاء أولياء الدم إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وهو حويصة، ومحيصة، فذهب محيصة ليتكلم، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «كبر كبر» يريد السن، فتكلم حُويصة، ثُمَّ مُحيصة، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إما أن يدوا /١٩٤/ صاحبكم، وإما أن يأذنوا بحرب».

فقالوا: ما قتلناه. فقال - صلى الله عليه وآله وسلم - لأولياء الدم: «أتحلفون، وتستحقون دم صاحبكم»؟.

فقالوا: لا نحلف على ما لا نعلم، فقال: «تبرئكم اليهود بخمسين يميناً».

فقالوا[٥]: إنهم ليسوا مسلمين، فوداه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من عنده[٦]، فاستدلوا بهذا الخبر أن يبدأ بيمين المدعين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لهم: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»؟. وهذا لا دليل فيه؛ لأنه

---

(١) في (أ): فوجت.
(٢) أخرجه أحمد ٩٣/٣.
(٣) في (أ): قريتين.
(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٧.
(٥) في (ب): فقال. وظنن على: قالوا.
(٦) أخرجه البخاري ٢٦٣٠/٦، ومسلم ١٢٩٤/٣، وابن حبان ٣٥٨/١٣، والدارمي ٢٤٨/٢، وأبو عوانة ٦٤/٤، والنسائي ٢٠٧/٤، وأبو داود ١٧٧/٤.

استفهام، والاستفهام بظاهره لا يفيد حكماً، ولا أمراً، بل يحتمل أن يكون للإنكار، كما قال الله - عز وجل -: ﴿قُلْ أَئِنَّكُمْ لَتَكْفُرُونَ بِالَّذِي خَلَقَ الأَرْضَ فِي يَوْمَيْنِ﴾(فصلت: ٩)، وقوله: ﴿أَئِنَّكُمْ لَتَشْهَدُونَ أَنَّ مَعَ اللهِ آلِهَةً أُخْرَى﴾(الأنعام: ١٩)، وقوله: ﴿أَءِلَهٌ مَعَ اللهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لا يَعْلَمُونَ﴾(النمل: ٦١)، وظاهر الاستفهام هو طلب ما عند المستفهم عنه، وليس فيه مع كثرة وجوه ما يحتمله أمرٌ، ولا حكم، فكيف يصح الاستدلال بذلك على أن أولياء الدم يحلفون؟.

فإن قيل: روي: «تحلفون، وتستحقون دم صاحبكم»[1]. بغير ألف الاستفهام.

قيل له: ذلك لا يخلو من أن يكون خبراً، أو استفهاماً بغير ألف، فإنه يصح، ولا يجوز أن يكون خبراً؛ لأنَّه لو كان خبراً، كان كذباً؛ لأن القوم لم يحلفوا، ولم يستحقوا دم صاحبهم، فلم يبقَ إلاَّ أنَّه استفهام، وقد مضى الكلام فيه، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: تبرئكم بخمسين يميناً ليس فيه ما يدل على أن اليهود يبرؤون بالأيمان؛ لأن ظاهر قوله: «تبرئكم اليهود» خبر، وقد ثبت أنَّه ليس بخبر؛ إذ لو كان خبراً، لكان كذباً؛ لأن اليهود لم يفعلوا ذلك، فلم يبقَ إلاَّ أن يكون فيه ضمير، ويحتمل أن يكون استفهاماً، كأنه أراد أن يعرف هل يرضون بأن يحلف لهم اليهود ويبرؤوا، فبان بما بيناه أن هذا الحديث لا يدل على أن المدعين يحلفون ابتداءً، ولا على أنهم يستحقون بأيمانهم[2] إن حلفوا شيئاً، لا دية، ولا دماً، ولا أن اليهود يبرؤون بأيمانهم، كيف وفيه أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «إما أن يدوا صاحبكم، أو يأذنوا بحرب»؟ فقد دل هذا اللفظ على أن الدية لازمة لهم، وجملة ما في هذا الحديث ليس هو قول لأحد؛ لأن في آخره أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وداه من عنده، وليس أحد يقول إن ذلك حكماً لازماً لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وجملة الأمر أن حديث سهل يشتمل على تخاليط لو تتبعناها لطال الكلام، وقد روي - والله أعلم - ما هكذا كان الشأن، ولكن سهلاً

---

(١) أخرجه البخاري ١١٥٨/٣ والنسائي ٤٨٣/٣ وابن ماجة ٨٩٢/٢.

(٢) سقط من (ب): بأيمانهم.

وَهِمَ ما قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم– «احلفوا على ما علم لكم به»[١].

وعن محمد بن إسحاق، حدثنا عمرو بن شعيب وحلف بالله أن ما قال سهل باطلٌ.

وهذا الحديث رواه رافع بن خديج[٢] سليماً من هذه التخاليط – قال: أصبح رجل من الأنصار مقتولاً بخيبر، فانطلق أولياؤه إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم– فذكروا ذلك /١٩٥/ له فقال: لكم[٣] شاهدان يشهدان على قاتل صاحبكم» ؟ قالوا: يا رسول الله، لم يكن ثمة[٤] أحد من المسلمين، وإنما يهود قد يجترون على ما هو أعظم. قال: «فاختاروا منهم خمسين رجلا» فاستحلفهم، ووداه النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – من عنده[٥]، فكان هذا الحديث دالاً على فساد ما رواه سهل، وأنه لا يجوز الاعتماد عليه، وكسائر ما قدمنا من الروايات فيه أنَّه أوجب اليمين على الذين وجد القتيل فيهم، وليس أنَّه أوجبها على المدعين.

فإن قيل: فإنه أيضاً روى أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وداه من عنده، فما تقولون[٦]؟.

قيل له:يجوز أن يكون فعل ذلك كضرب من الصلاح[٧]، وقد روي أيضاً عن سهل بن أبي حثمة – رواه[٨] الطحاوي – أن خبر القتيل لما أُنهي إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وذكروا عداوة اليهود لهم، قال: «افتبرئكم اليهود خمسين يميناً أنهم

---

(١) في (ب): احلفوا ما علم لكم به ، وفي هامشها نبه على ما أثبتنا ، وفي (أ): احلفوا على ما لا علم لكم به ، ونظِّر عليها.

(٢) في (أ): سهل بن خديج، وهو خطأ.

(٣) في (أ): لهم.

(٤) في (ب): ثَمَّ.

(٥) أخرجه البيهقي ٨/١٣٤، وأبو داود ٤/١٧٩، والطبراني في الكبير ٤/٢٧٧.

(٦) انظر التخريج السابق.

(٧) في (أ): الإصلاح. وصوب ما أثبتنا.

(٨) في (أ): ورواه.

لم يقتلوه».فقالوا[١]: فكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون؟ قال: «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوا».قالوا: كيف نقسم على ما لم نر؟ فوداه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -[٢].

فعلى هذا الحديث أنَّه بدأ بيمين اليهود، وهو خلاف قول الشافعي، وأهل المدينة.

وروى الطحاوي بإسناده، عن مالك بن أبي ليلى، عن عبد الله بن سهل بن أبي حثمة[٣] أنَّه أخبره رجلٌ من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل وحويصة ومحيصة، ثُمَّ ساق الحديث[٤].

فدل على أنَّه لم يكن مشاهداً للقصة، فدل ذلك أيضاً على ضعف خبره.

وقلنا: اختيار من يحلفون إلى أولياء الدم؛ لما في حديث زياد بن أبي مريم، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لمن شكا إليه قتلَ أخيه: «اجمع منهم خمسين» فجعل الجمع إليه، فدل ذلك على أن اختيارهم إليه، وفي حديث رافع أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- قال لأولياء الدم: «اختاروا خمسين رجلاً» فاستحلفهم فجعل الاختيار إليهم؛ ولأن الأيمان حقهم على الذين وجد[٥] القتيل فيهم، فاختيار الاستيفاء إليهم.

وأوجبناها على العاقلة؛ لأن العمد لم يثبت عليهم، وإنما لزمهم وثبت عليهم الخطأ حكماً، ولم يثبت على التحقيق منهم لا عمد، ولا خطأ، فأقل أحواله أن يُشبَّهَ بالخطأ، وتتحمل عنهم ما لزمهم عواقلهم.

---

(١) في (ب): قال. وظنن على: فقالوا.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ١٩٧.

(٣) في (ب): ظنن على: عن أبيه.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ١٩٨. وإسناده: حدثنا يونس، أخبرنا ابن وهب، أن مالكاً حدثه عن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل عن سهل ، وهو كذلك في البخاري ٢٦٣٠/٦، وأبي داود ١٣٧/٤، والنسائي ١٧٧/٤، وأبو عوانة ٦٤/٤، والبيهقي ١١٧/٨.

(٥) في (أ): وجدوا.

مسألة: في من نكل عن يمين القسامة

قال: وإن نكل بعض الخمسين عن اليمين، حُبس حتى يحلف، أو يقر بجرمه، فإن أقر، أخذ بجرمه، وإن حلف، خلي عنه، وتكون الدية على عواقل تلك القبيلة، أو القرية، من حلف منهم ومن لم يحلف.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وحكى ذلك أبو الحسن الكرخي عن محمد، وذكر أبو جعفر الطحاوي حبس الناكل؛ إذ اليمين قد لزمتهم، وصارت حقاً لأولياء الدم، فمتى تقاعدوا عن إيفائها، وجب حبسهم، كما يجب في سائر الحقوق، وكما نقول فيمن[2] ادعى حقاً على رجل، فأنكره، ونكل عن اليمين: يحبس حتى يقر، أو يحلف، فكذلك مسألتنا هذه.

وقلنا: فإن أقر، أُخِذَ بجرمه؛ لأن الجناية تلزمه بإقراره، ويحكم بها عليه كسائر إقراراته؛ ولأن القسامة وجبت لالتباس الأمر في القتل، فإذا زال الالتباس بإقراره، لزمته الجناية، وسقط حكم القسامة.

وقلنا: تلزم الدية عواقل من حلف، ومن لم يحلف؛ لأن الأخبار عليه دلت على ما /١٩٦/ مضى؛ ولأن من لم يحلف، لم يحلف؛ لأن ولي الدم لم يُحلِّفه، واختار غيره عليه، فلا يسقط عنه ما لزمه من الدية، يكشف ما قلناه أنهم لزمهم حقان: اليمين، والدية، فسقوط اليمين عن بعضهم لعدول أولياء الدم عنهم لا يوجب سقوط الحق الثاني، وهي الدية.

مسألة: في القسامة على الغائب

قال: ومن كان غائباً من أهل تلك الدور والمنازل في الوقت الذي وجد فيه القتيل، فلا قسامة عليه، ولا دية.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٦، والمنتخب: ٣٨٩.

(٢) في (ب): أن من.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

ووجه ما ذهبنا إليه أن القسامة لزمت، والديةَ؛ لأن الحال حال الظنة والتهمة؛ بدلالة أن من لا أثر به لا قسامة له، ولا دية، وأن النساء والصبيان لا قسامة عليهم، ولا دية؛ لأنهم ليسوا من أهل القتل والقتال،[٢] وإذا ثبت ذلك، ثبت أن من عرف غيبته في الوقت الذي وجد القتيل فيه عن ذلك الموضع، حصل اليقين بأنه لم يباشر القتل، واليقين مبطل للظن المنافي له، فلم يحصل له حال الظنة، فوجب ألا تلزمه القسامة، ولا الدية.

فإن قيل: فعندكم أنَّه لو كان في جملة أقوام صالحين لا يتوجه عليهم التظنن أنهم في القسامة والدية كالفساق الذين يتوجه عليهم التظنن.

قيل له: نحن لا نعتبر أحوال الآحاد؛ لأن أصل القسامة لم يوضع على ذلك، وإنما تعتبر الحال الشاملة لهم، وإذا كانت[٣] الحال حال الظنة، لزمتهم القسامة، وإذا لم تكن الحال حال الظنة، لم تلزم[٤]، وذلك مثل ما نقول في السفر: إنَّه لما كان حال العذر في الإفطار، سوَّينا في باب الإفطار بين المسافر المضطر إلى الإفطار، والمسافر الذي لا يضطر إليه، و لم نعتبر أحوال الآحاد، وإنما نعتبر الحال الشاملة لهم، فإذا كانت الحال حال العذر بالسفر، أجزنا الإفطار، وإذا لم يكن حال العذر بأن يصير مقيماً، منعناه الإفطار، فكذلك الأمر في القسامة إنما[٥] نعتبر الحال الشاملة، فإذا كانت الحال حال الظنة، أوجبناها، وإذا لم تكن الحال حال الظنة، أسقطناها، و لم نعتبر أحوال الآحاد، يبين ذلك أنه من البعيد أن يكون رجلٌ عُرِف يوم عرفة أنَّه كان بعرفات، فيُلزم القسامة والدية لقتيل وجد في محلته بطبرستان في ذلك اليوم، ويؤكد ذلك ما ثبت من أن القتيل إذا وجد بين القريتين أن القسامة تلزم أقربهما إلى موضع القتيل؛

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٦.

(٢) في (أ) و(ب): قال وإذا، ظنن على أنها زائدة.

(٣) في (ب): كان.

(٤) سقط من (أ): لم تلزم.

(٥) في (أ): وإنما.

لان الظنة فيهم أقوى، ويؤكد ذلك أن القسامة والدية تلزم أهل القرية، وأهل الدور والمنازل، دون القرية والدور والمنازل البعيدة[١]، فإذا كان لبعد الدور والمنازل تأثير في إسقاط القسامة، فأولى أن يكون بُعد أهلها أشد تأثيراً في ذلك، وهذا أوضح[٢]، والخلاف في ذلك بيننا وبين أبي حنيفة في غالب ظني، وأن قول الشافعي في هذا مثل قولنا.

مسألة: فيمن تجب عليه القسامة ومن لا تجب

وتجب القسامة على الأحرار الحاضرين[٣] لوقت القتل، دون النساء، والصبيان، والعبيد، وتجب القسامة على من كان من أهل القرية، غريباً أو غير غريب، ساكن دار بشراء أو بكراءٍ.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

لا خلاف بيننا وبين أبو حنيفة أنّه لا يدخل فيه النساء، والصبيان، والعبيد.

ووجهه: /١٩٧/ أن النساء لسن من أهل القتل (ولا القتال، ولا هن من أهل النصرة، ألا ترى أنهن لا يدخلن في العقل؟[٥]، وكذلك الصبيان، والعبيد أيضاً الغالب من أحوالهم التصرف على أغراض مواليهم، وليس هم من أهل النصرة والقتال، ولهذا لا يجعل لهم سهمٌ في الغنيمة كما يكون للأحرار، ولهذا نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن قتل النساء والولدان والعسفاء في دار الحرب، فأما الغُيَّب، فقد مضى الكلام فيهم.

وتجب القسامة على السكان، والمشترين، وبه قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة: لا قسامة إلاَّ على أهل الخطة، إلاَّ ألاَّ يبقى منهم أحد، فيكون على المشترين.

---

(١) سقط من (ب): البعيدة.
(٢) في (ب) واضح.
(٣) في (أ): والحاضرين.
(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٦.
(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).

ووجه ما ذهبنا إليه: ما في حديث زياد بن أبي مريم أن رجلاً جاء إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقال: إني وجدت أخي قتيلاً في بني فلان، فقال: «اجمع منهم خمسين رجلاً، فيحلفون بالله ما قتلوا، وما علموا قاتلاً» ، ولم يشترط في الذين يُجمعون أن يكونوا ملاكاً، أو أرباب الخطط، بل عم المشتري[1]، والسكان، والمستأجر، وغيرهم ، وكذلك ما روي أن قتيلاً وجد بين قريتين فأمر النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فذرع بينهما، فوجدت إحداهما أقرب، فألقاه على أقربهما، ولم يخص من بينهم المُلاَّك، بل عم المُلاَّك وغيرهم، وكذلك ما روي عن علي – عليه السلام – في قتيل وجد في محلة، فقضى على أهل المحلة، فعم، ولم يخص، وهكذا فعل عمر، فبان أن المعتبر بالسكنى والحضور دون التملك، وأيضاً لا خلاف أن داراً فيها ساكن مُكترٍ لو تنازع متاعاً فيها هو ومالكها أن الساكن أولى بها، وأن اليد يده، فكذلك إذا وجد قتيل فيها، فيجب أن يكون الساكن أولى أن يجري عليه حكمه، فبان أن كونه ساكناً أقوى في هذا الباب من كونه مالكاً، وأيضاً قد علمنا أن القسامة موضوعة على الظنة والنصرة، وحال الظنة يحصل للساكن دون المالك، وكذلك الساكن أولى بالنصرة؛ لأن التصرف له.

فإن قيل: قد علمنا أن الدار لو كانت في يد امرأة وزوجها، كانت القسامة على الزوج، وليس كذلك لو وجد فيها متاع، فإنه يكون بينهما، فبان أنَّه لا اعتبار بالسكنى.

قيل له: ليست العلة ما قدَّرتَ، بل العلة أنها ليست من أهل القسامة؛ ألا ترى أنها لو كانت مالكة أيضاً لم تكن من أهل القسامة؟ ونظير هذا أن يكون في الدار آلة لا تصلح إلاَّ للرجال، فإنها تكون للرجل[2] دونها، لاختصاصه بها دونها، فكذلك القسامة، على أنا قد علمنا أن القسامة والدية لا يجريان مجرى الخراج الذي يلزم في الأرض، فلا وجه لاعتبار الملك، وإنما يلزمان بحصول الظنة، ووجوب النصرة، فيجب

---

(١) في النسخ: والمشتري، وظنن في (ب) على ما أضفناه.

(٢) في (ب): للرجال.

أن يتعلق الحكم بالسكان، على أن أبا حنيفة يعتبر أن يكون من تلزمه من أرباب الخطة دون المشترين، وهذا أبعد؛ لأن كونه رب الخطة لا تأثير له في هذا الباب، ولا في شيء /١٩٨/ من الأحكام، ألا ترى أنَّه لا فرق بينه وبين المشتري في باب الشفعة، ولا في الحقوق المتعلقة بالمنازل، كالطرق، والمياه، وغيرهما؟ فلما اشتركوا في سائر الحقوق، اشتركوا في لزوم القسامة لهم، على أن أبا حنيفة قد قال: إن قتيلاً لو وجد في سفينة، كانت القسامة على أرباب السفينة، فإن كان فيها ركاب مع أربابها، فعليهم جميعاً، فوجب أن تكون الدور والمنازل بهذه المثابة، والعلة حضورهم في الوقت الذي وجد فيه القتيل، وكذلك يقول في القتيل يحمل على دابة، ومعها سائق، وقائد، وراكب، إن القسامة عليهم جميعاً، فلم يعتبر المُلاَّك، فوجب أن تكون الدور والمنازل كذلك؛ للعلة التي ذكرناها، ولأن حال التهمة جمعتهم، وذكر أبو الحسن الكرخي أن قول ابن أبي ليلى مثل قولنا، وقول أبي يوسف.

مسألة: في تكرير الأيمان في القسامة عند الحاجة

قال: وإذا وجد القتيل في قرية لا يتم فيها خمسون رجلاً، كررت عليهم الأيمان حتى تتم خمسين يميناً، فإن كانوا خمسة وعشرين، استحلف كل واحد منهم يمينين، وإن كانوا ثلاثين، استحلف كل رجل منهم يميناً، واختار منهم عشرين، فكرر عليهم كل رجل يميناً حتى تتم خمسين يميناً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]. وبذلك قال أبو حنيفة وأصحابه.

ووجهه: أن خمسين يميناً قد صارت حقاً لأولياء الدم على ما مضى القول فيه، فلهم أن يستوفوها من الذين استحقوها عليهم على ما يمكن، وإذا تقاصر عددهم عن الخمسين، لم يمكن استيفاء خمسين يميناً إلاَّ بالتكرير، فلذلك قلنا: إن كانوا خمسة وعشرين، كُرِّر على كل رجل يمين، وإن كانوا ثلاثين، فالخيار لأولياء الدم في عشرين رجلاً تكون عليهم الأيمان ليتم خمسين يميناً.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٦.

وقلنا: لهم الخيار؛ لأنَّه قد ثبت لهم الخيار في أصل اليمين؛ لما بيناه فيما مضى من قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «اختاروا منهم خمسين رجلاً» ولقوله لآخر: «اجمع منهم خمسين رجلاً» فجعل ذلك إليهم في الأصل، فكذلك في التكرير.

مسألة: في القتيل يكون بين قريتين

قال: وإذا وجد القتيل بين قريتين، ولم يُعرَف من أيهما قاتله، قيس بين القريتين، ولزمت القسامة أقرب القريتين إلى المقتول.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

والدليل عليه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وعلي، وعمر، على ما بيناه فيما تقدم، على أنا قد بينا أن القسامة موضوعها على الظنة، فأقرب القريتين إلى القتيل أقرب إلى حال الظنة، فكان أولى بالقسامة، على أن كثير البعد كقليله، فكما أن القتيل لو كان على باب أحد القريتين، وكان بعيداً شديد البعد عن القرية الأخرى، كانت القسامة على من وجد على باب قريتهم؛ لعلة القرب، فكذلك ما ذكرناه.

مسألة: في ادعاء أولياء الدم القتل على رجل معين

وإذا وجد القتيل بين قوم، فادعى أولياء القتيل قتله على رجل بعينه، بطلت القسامة، وكانت على أولياء القتيل البينة، وعلى المدعَى عليه إن أنكر اليمين.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

و/١٩٩/ذلك أن أصل القسامة إنَّما كان للالتباس؛ ولأن الدعوى من أولياء الدم لم تتوجه على واحد، فإذا توجهت على واحد بعينه، صار ولي الدم مدعياً عليه، وهو منكر لدعواه، فوجب فيه ما يجب في سائر الحقوق، ويكشف ذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أوجبها لادعاء أولياء على أقوام لا بأعيانهم، فيجب أن يجري

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٧.
(٢) انظر: المنتخب ٣٨٩.

الأمر[١] فيها على ما شرعه - صلى الله عليه وآله وسلم - وكذلك فعل علي، وعمر.

مسألة: في ادعاء القتل على بعض القرية

قال: وإن ادعوا على قوم من أهل القرية، لزمتهم القسامة، وكان للإمام أن يحلف باقي أهل القرية، والدية على عواقل أهل تلك القرية.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

وذلك أن ادعاءهم على أقوام منهم كادعائهم عليهم في أن الدعوى لم تتوجه على معين، فثبتت القسامة، والدية، وكان[٣] سائر أهل القرية مشاركين لهم؛ لأن القتيل وجد بحيث كان حكم الجميع مع ذلك الموضع حكماً واحداً من غير اختصاص، وعلى هذا وضع أمر القسامة؛ لأن القتيل وجد بين أظهرهم جميعاً.

مسألة: في إبراء الأولياء لمن وجد القتيل فيهم

قال: ولو أن أولياء الدم أبرؤوا الذي وجد فيهم القتيل، وادعوا على غيرهم، بطلت القسامة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٤].

وذلك لأن القسامة تجب لادعائهم، فإذا أبرؤوا، فلا قسامة، ومن ادعي عليه، فعليه إن أنكر اليمين، وعلى المدعي البينة على ما مضى القول فيه؛ ولأن الذين لم يوجد فيهم القتيل إذا ادعي عليهم، لم يكن هناك حال الظنة والتهمة، وبهما تتعلق القسامة مع ادعاء أولياء الدم، فإذا تجرد الأمر عن صاحبه - أعني الدم عن وجدان القتيل - بطلت القسامة.

---

(١) سقط من (أ): الأمر.

(٢) انظر: المنتخب ٤٠٣.

(٣) في (أ): وكذلك.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٨، والمنتخب: ٣٨٩.

مسألة: في الميت يوجد ليس به أثر القتل

قال: ولو أن ميتاً وجد في قوم ليس فيه أثر القتل، فلا قسامة عليهم، ولا دية.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، قال الشافعي: فيه القسامة، والدية.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الميت إذا لم يكن به أثر القتل، كان الأقرب والأغلب على الظن أنَّه مات حتف أنفه، فلا وجه لإيجاب الدية، والقسامة؛ ولأن القسامة على ما بينا تتعلق[٢] بحصول حال الظنة والتهمة، وأقل ماله تحصل الظنة والتهمة أن يعلم أنَّه مقتول، فإذا لم يحصل العلم بأنه مقتول، فكيف تتوجه الظنة على الذين وجد فيهم، على أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى بالقسامة في القتيل، فما لم يعلم أنَّه قتيل فكيف يقضى فيه بالقسامة[٣]؟ وقد قال الشافعي: إذا أنكر الرجل كونه في جملة الذين وجد القتيل فيهم، لم يحكم عليه بالقسامة، إلاَّ أن تقوم البينة على[٤] أنه كان فيهم، فكيف يوجب القسامة لميت لا أثر فيه؟ وهذا أقوى في انتفاء القتل عنه من انتفاء كون المدعى عليه فيهم، بل العلة في الجميع أن حال التهمة لم يحصل؟ فلم يكن للقسامة وجه؛ لأن الرجل ما لم يعلم أنَّه (حضر وقت وجود القتيل فيهم لا يحصل له حال الظنة، كذلك ما لم يعلم أنَّه)[٥] قُتِل لا يحصل للقوم حال التهمة والظنة.

مسألة: في القسامة على الذميين

قال: وإذا وجد القتيل بين الذميين، كانت القسامة عليهم، والدية على عواقلهم، فإن لم تكن لهم عواقل، ففي صلب أموالهم.

---

(١) انظر: المنتخب ٣٨٩.

(٢) سقط من (ب): تتعلق. ونبه عليها.

(٣) في (أ): يوجب بالقسامة. ونبه على ما أثبتناه.

(٤) سقط من (ب): على.

(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وذلك أن أصل القسامة كان في أهل خيبر، وكانوا يهوداً، فثبت وجوب /٢٠٠/ القسامة على الذميين، على أن حقوق الآدميين[٢] لا تختلف فيها أحكام الملة وأهل الذمة، وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً.

وقلنا: إن لم يكن لهم عواقل، فالدية في أموالهم، لما بيناه فيما مضى من أن العاقلة تتحمل عنهم ما لزمهم، فإذا لم يكن لهم من العاقلة من يتحمل عنهم، وجب أن يرجع عليهم.

قال: وإن وجد بين المسلمين والذميين، كانت القسامة على المسلمين والذميين، والدية على عواقل المسلمين والذميين.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

وذلك لما بيناه من أن حقوق الآدميين يستوي فيها أهل الملة وأهل الذمة، وأن أحكامهم فيها لا تختلف.

مسألة: في القسامة في البهيمة

قال: ولا قسامة في البهيمة إذا وجدت مقتولة، وكل ما لم[٤] يلزم العاقلة فلا قسامة فيه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥].

وذلك مما لا أحفظ فيه خلافاً؛ لأن موضوع القسامة إنَّما هو لحرمة النفس وتعظيم دمها، كالقصاص وُضع لذلك، وكذلك تحمل العاقلة، والبهيمة وسائر الأموال ليست

---

(١) انظر: المنتخب ٣٩٠.
(٢) في (أ): الذمين.
(٣) انظر: المنتخب ٣٩٠.
(٤) سقط من (أ): لم.
(٥) انظر: المنتخب ٣٨٩.

لها حرمة، ولا لدمها تعظيم، ولا للقصاص فيه مشرع[١]، ولا لتحمل العاقلة، فوجب ألا تكون فيه القسامة.

مسألة: في القتل بالقسامة

قال: ولا يقتل أحدٌ بالقسامة على وجه من الوجوه .

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢]. وبه قال أبو حنيفة، وأحد قولي الشافعي، (وقال مالك: يقتل به، وهو القول الثاني للشافعي)[٣].

والدليل على صحة ما قلناه: أن الذي شكا إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- فأمره أن يختار خمسين للتحليف، قال: فما لي من أخي غير هذا؟ قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «بلى، ومائة من الإبل» فبين أن له الدية، ولم يقل: وإن شئتَ القود، (وكذلك علي - عليه السلام - أوجب فيه الدية دون القود)[٤] وكذلك عمر، فبان أن القود غير واجب فيه، على أن موضوع[٥] القسامة إنَّما هو لحرمة النفس، وتعظيم أمر الدم، فأولى أن يحتاط للمدعى عليه، فلا يراق دمه بغير بينة، على أن القصاص شُدِّد فيه الأمر، ولم تجز فيه شهادة النساء، ولا الشاهد واليمين عند من أجازه، ولا الشهادة على الشهادة، ودرئ في كثير من المواضع للشبهة، فكان الأولى ألا يستوفى بالقسامة؛ لأن موضوعها على الظن وما يغلبه، دون البينة، ويدل على ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل دم امرئ مسلم إلاَّ في إحدى ثلاث» والقسامة لم[٦] تصح واحدة من ثلاث، ويدل على ذلك[٧] أنَّه بعث إلى اليهود على ما روي، فقال: «إما أن تدوا صاحبكم، أو تأذنوا بحرب» فدل على أن الواجب هو الدية دون القود».

---

(١) في (أ): مسرح.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣١١.
(٣) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٤) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٥) في (أ): موضع.
(٦) في (ب): لا.
(٧) سقط من (ب): ذلك. وظنن عليها.

مسألة: في اليمين على المدعي

قال القاسم: ولا يمين على المدعي، وهذا مما مضى القول فيه في أول المسألة[١]، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في القسامة في موت الازدحام

قال: ومن مات في ازدحام من الناس في مسجد، أو طريق، كانت ديته من بيت مال المسلمين.

وهو منصوص في (الأحكام) و(المنتخب)[٢].

وهذا إذا تحقق أن الزحمة قتلته.

ووجهه: أن /٢٠١/ بعض المسلمين ليس بأولى بذلك الموضع ولا أخص من غيرهم، فوجب أن تكون ديته على جماعة المسلمين، وما لزم جماعة المسلمين، استوفي من بيت مالهم، وفيه رواية عن أمير المؤمنين - عليه السلام - ولست أتذكر موضعه.

مسألة: في القتيل يوجد في محلة من مدينة

قال: وإن وجد القتيل في محلة من مدينة، كانت القسامة على أهل تلك المحلة، والدية على عواقلهم.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣].

وذلك أن القسامة موضوعة على الاختصاص، فمن اختص بموضع القتل، كانت القسامة عليهم، يبين ذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر أن يذرع بين القريتين حين وجد القتيل بينهما، ثُمَّ ألقاه على أقرب القريتين إليه، وكذلك فعل علي، وعمر، فإذا[٤] ثبت ذلك، ثبت أن القتل إذا وجد في محلة من مدينة، كان أهل

---

(١) ظنن في (ب) على: الباب.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٧، والمنتخب: ٣٨٨.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٦ - ٣٠٧، والمنتخب: ٣٨٩.
(٤) في (أ): وإذا.

المحلة أولى بالقسامة فيه[١] من سائر أهل المدينة لاختصاصهم بالموضع الذي وجد فيه، وعلى هذا إن وجد في دار من محلة، كانت القسامة على أهل الدار دون المحلة لاختصاصهم بموضع القتل، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وعند الشافعي فيه القسامة، ومن أصحابه من قال: هو على قولين، ومنهم من قال: هو قول واحد.

فصل: في القسامة في العبد

عند أبي حنيفة في العبد إذا وجد قتيلاً القسامة، وقال[٢]: أبو يوسف لا قسامة فيه، وشبهه بسائر الأموال، والأقرب على مذهب يحيى أن فيه القسامة؛ لأنَّه يجريه في الجناية عليه مجرى الأحرار.

ووجهه: ما تقدم في ذكر قيمته، وفي أعضائه؛ ولأن القسامة موضوعها لحرمة النفس، وتعظيم الدم، والعبد مشارك في هذا للحر.

فصل: في ادعاء أهل المحلة القتل على رجل بعينه

إذا قال أهل المحلة: فلان قتله، قال أبو يوسف: يحلفون ما قتلنا، وسقط عنهم ولا علمنا قاتلاً، قال محمد: يحلفون ما قتلنا، ولا علمنا قاتلاً غير فلان، والأولى ما قال محمد: لأنَّه يكون قد أتى باللفظ الذي أمر به النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - والاستثناء يخرجه من أن يقع فيه الكذب.

فإن قيل: فما معنى تحليفهم ولا علمنا قاتلاً، ولا يسمع منهم إذا قالوا؟

قيل له: إنَّما نطلب الفائدة لما نقوله نظراً واجتهاداً، فأما ما نقوله للنص الوارد، فليس علينا طلب فائدته، إلاَّ إذا أردنا حمْلَنا عليه غيره[٣]، على أنَّه يمكن أن يقال: إن فائدته أنهم إذا نسبوه إلى واحد بعينه، لم يمتنع أن يدعي عليه ولي الدم، فتسقط القسامة، والله أعلم.

---

(١) سقط من (أ): من.
(٢) في (أ): قال.
(٣) في (ب): غيره عليه.

باب القول فيما تضمن به النفس وغيرها وما لا تضمن

مسألة: فيمن رمى شيئاً فأصاب إنساناً فقتله

لو أن رجلاً رمى طائراً، أو نحوه، أو إنساناً، أو قصد ضربه بالسيف، فأصاب إنساناً آخر، فقتله، لزمته ديته، وتحملها عنه عاقلته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

وهذا ما لا أحفظ فيه خلافاً[٢] في أنَّه خطأ محض، وأن الواجب فيه الدية، /٢٠٢/ وأن العاقلة تتحملها، وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - قال: «الخطأ ما أراد القاتل غيره، فأخطأ، فقتله»[٣].

مسألة: في رجلين تجاذبا حبلاً فانقطع وماتا

قال: ولو أن رجلين تعلقا بطرفي حبل يتجاذبانه، فانقطع الحبل، وسقط الرجلان، وماتا، لزمت دية كل واحد منهما [٤] عاقلة صاحبه، وليس للعاقلتين أن يتقاصا الديتين[٥].

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦]

اعلم أن قوله: لزمت دية كل واحد منهما عاقلة صاحبه، معناه: هو ما لزم من ديته، لزم العاقلة؛ لأن الواجب لكل واحد منهما إنَّما هو نصف[٧] الدية، وإنما عبروا عن القدر الواجب من الدية بالدية.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٣١٤. انظر: المنتخب ٤٠٣.

(٢) في (ب): ما لا خلاف فيه.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الحدود ، باب الديات.

(٤) في (أ): منهم.

(٥) في (ب): الدمين.

(٦) انظر: المنتخب ٤٠١.

(٧) في (ب): منهما لصاحبه نصف.

ووجهه: أنهما ماتا من السقوط، وكان السقوط سببه انقطاع الحبل، والحبل انقطع لفعلهما جميعاً، وهو الجذب[١]، فصار كل واحد منهما ميتاً بجنايته على نفسه، وجناية صاحبه عليه، فلزم كل واحد منهما لصاحبه نصف الدية، إذ له الجناية، والنصف الباقي هدر؛ لأنَّه فعل الجناية على نفسه؛ ألا ترى أن لو قتل نفسه، لكان دمه[٢] هدراً؟ فكذلك إذا شارك غيره في قتل نفسه يجب أن تكون نصف ديته هدراً.

وقلنا: ليس للعاقلتين أن يتقاصا؛ لأن العاقلة قد تكون من لا يستحق الإرث، (والدية للوارث، وتلزم عاقلة الجاني، فإذا كان ذلك كذلك، كان من يستحق الإرث)[٣] غير من يلزمه العقل، فلم يجز أن يتقاصا؛ لأن المقاصة تكون بين رجلين إذا كان ما يجب على كل واحد منهما حقاً لصاحبه دون من سواه.

قال: فإن كان الحبل لأحدهما، وجذبه الآخر من غير أن يكون له جذبه، كانت دية صاحب الحبل على مجاذبه، وبطلت دية المجاذب.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

وذلك أن صاحب الحبل لما تعلق بحبله، صار المجاذب له متعدياً في فعله، فلزمه لصاحب الحبل نصف الدية؛ للوجه الذي قلناه، ولم يجب للمجاذب له دية؛ لأنَّه كان متعدياً في جذب الحبل، وصاحب الحبل لو لم يمكنه أخذ حبله منه إلاَّ بجرحه وقتله، لم يلزمه أرش، ولا دية، فكذلك إذا مات بالجذب.

فإن قيل: فَلِمَ قلتم: إن لصاحب الحبل نصف ديته، والمجاذب له متعدٍ عليه؟

قيل له: وإن كان متعدياً عليه، فلم يستبد بسبب قتله، بل شارك صاحب الحبل فيه، فلم يلزمه إلاَّ نصف الدية، ألا ترى لو أن رجلاً عدا خلف سارق سرق متاعه ليستنقذه منه، فسقط من عدوه، ومات، كانت ديته هدراً؛ لأن عدوه كان باختياره،

---

(١) سقط من (ب): وهو الجذب.
(٢) في (ب): ديته.
(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٤) انظر: المنتخب ٤٠١ - ٤٠٢.

وإن كان حقاً؟ فكذلك جذب الحبل كان باختياره، وإن كان فيه محقاً، فوجب أن تكون نصف ديته هدراً على ما بيناه[١].

مسألة: فيمن رش الطريق فزلق فيه أحد المارّة

قال: ولو أن رجلاً كانت[٢] باب داره إلى شارع من شوارع المسلمين، فرشه، فزلق بذلك الرش بعض المجتازين، فسقط، ومات، أو اندق بعض أعضائه، ضمن الراش دية ما لحقه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

ووجهه: أنَّه متعدٍ في الرش؛ لأنَّه ليس له أن يحدث في طريق المسلمين ما يجوز أن يعنت فيه عانت، وهو بمنـزلة من وضع حجراً، أو جذعاً في طريق من طريق[٤] المسلمين، فعثر به عاثر، في أنَّه يلزمه ضمان ما لزم العاثر، وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن الفاعل لجميع ذلك بمنزلة الدافع[٥] لمن زلق، أو /٢٠٣/ عثر.

مسألة: فيمن أحدث حدثاً في الطريق فعنت فيه عانت

قال: وكذلك إن أخرج من حده[٦] شيئاً إلى طريق من طرق المسلمين، أو حفر فيه بئراً، أو أحدث فيه حدثاً[٧]، فعنت فيه عانتٌ، أو تلف تالفٌ، لزمته ديته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٨].

ووجهه: ما مضى من كونه متعدياً فيما فعل من ذلك، فوجب أن يضمن جميع ما يلحق الإنسان من دية إن تلف، أو أرش إن انكسر، فأما إن فعل ما فعل من ذلك في

---

(١) سقط من (أ): ما بيناه.
(٢) في (أ): كان.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٤.
(٤) سقط من (أ): طريق.
(٥) في (أ): لأن الفاعل لذلك بمنزلة المانع.
(٦) في (أ): جدره.
(٧) سقط من (أ): حدثاً.
(٨) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٢.

ملكه[١]، فعنت فيه عانت، أو تلف تالف، فلا ضمان عليه، وذلك لا خلاف فيه؛ لأنَّه غير متعدٍ بإحداث ما أحدث في ملكه، فإذا[٢] لم يتعد فيه، فيجب ألا يكون عليه ضمان، وعلى هذا إن حفر في طريق من طرق المسلمين، أو أحدث فيه حدثاً لمصالح الناس بإذن الإمام، فيجب ألا يضمن ما يحصل فيه من عنت، أو تلف؛ لأنَّه إذا فعل ذلك بإذن الإمام، لم يكن متعدياً، فيجب ألا يضمن.

مسألة: فيمن وقف دابته في الطريق فأحدثت فيه شيئاً

قال: وكذلك من وقف دابته في طريق من طرق المسلمين، فصاحبها ضامن لما أحدثت بيدها أو رجلها[٣].

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

ووجهه: أن الطريق إنَّما هو للاستطراق، فإذا وقف فيه دابة مربوطة، أو غير مربوطة، كان متعدياً فيما فعل، فيجب أن يضمن ما يكون منها من أي وجه كان، بيدها، أو رجلها، أو صدمها، أو عضها، أو عثار الإنسان بها؛ لأنَّه بمنـزلة من وضع حجراً في طريق، أو حفر بئراً، بل واضع الحجر، وحافر البئر أحسن حالاً منه؛ لأن الحجر والبئر لا فعل لهما، وإنما يعنت الإنسان بفعله عندهما، والبهيمة لها فعل، فقد يعنت الإنسان بفعله عندها بأن يعثر بها، وقد تحدث هي أيضاً ما يؤدي إلى التلف والإعنات، فيجب أن يحصل لواقفها الضمان من وجهين، ولم يحصل للحافر وواضع الحجر إلاَّ من وجه واحد، فإن زالت الدابة عن[٥] مكانها الذي وقفها فيه صاحبها، فلا ضمان فيما تحدثه؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «العجماء جُبَار»[٦].

---

(١) في (أ): ما فعل من ملكه.

(٢) في (أ): فأما إذا.

(٣) في (أ): بيديها أو رجليها.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٢ - ٣٠٤.

(٥) في (ب): من.

(٦) أخرجه البخاري ٢/٥٤٥، وابن خزيمة ٤/٤٦، وأبو عوانة ٤/١٥٦، والدارمي ١/٤٨٣، والنسائي ٣/٤٢٤، عن أبي هريرة.

وليس فيه لصاحبها فعل، إذ قد خرج عن التعدي بمفارقة الدابة مكانها، وصارت منفلتة، وعلى هذا يجب أن يكون الإنسان إن وضع حية، أو عقرباً في طريق من طرق المسلمين، فلسعتا في موضعهما، أن يكون الواضع ضامناً لذلك، فإن انسابت الحية، أو دبت العقرب عن موضعهما إلى غير ذلك الموضع، ثم لسعتا، لم يضمن الواضع، وعلى هذا يجب أن يكون حكم من وضع[1] كلباً، أو سبعاً، أو غيرهما في طريق من طرق المسلمين؛ لأن القياس في الجميع واحد.

قال القاسم - عليه السلام -: ذكر عن علي - عليه السلام - قال: من وقف دابته في طريق من طرق المسلمين، أو سوق من أسواقهم، فهو ضامن لما أصابت بيدها، أو رجلها.

مسألة: فيمن صَدم بدابته

قال: وإن ركض دابته في شارع من شوارع المسلمين، فصدم بها، ضمن ما عنت بصدمه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: أنَّه ليس له أن يركض في شارع المسلمين إلاَّ على التحفظ، وشرط[3] السلامة؛ لأنَّه كما أن له حقاً فيه، لغيره من المستطرقين حق أيضاً فيه، فإذا ركض، وصدم، كان متعدياً؛ لأنه لم يكن له ركضها إلاَّ على شرط السلامة[4] والتحفظ.

قال: وإن ركضها في ملكه، فصدمت، لم يضمن؛ لأنَّه غير متعد إذا كان الركض في ملكه، وإنما يجب التحفظ على الداخل، ألا ترى أن من وضع حجراً في الشارع، ضمن ما عطب به، وإذا وضعه في ملكه، لم يضمن؟ فكذلك الركض والصدم، وهو منصوص عليه في (الأحكام)[5].

---

(١) في (ب): وقف.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٠.
(٣) في(أ): أو شرط.
(٤) في (ب): على السلامة.
(٥) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٠.

مسألة: في عقر الكلب

قال: والكلب إذا عقر، ضمن أهله عقره، إذا كانوا قد عرفوا عقره، ثُمَّ تركوه، وإن لم يكونوا عرفوه فلا ضمان عليهم، إلاَّ أن /٢٠٤/ يكونوا أخرجوه، وجعلوه في شارع من شوارع المسلمين.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

ووجه ما قلنا من ضمان عقر الكلب الذي عرف بالقتل[٢] ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «خمس يقتلن في الحل والحرم» وذكر فيها الكلب العقور.

وعن ابن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر بقتل الكلاب، إلاَّ كلب صيد، أو كلب ماشية[٣].

وعن أبي هريرة قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن الكلاب، وقال: «لا يتخذ الكلاب إلا صياد، أو خائف، أو صاحب غنم»[٤]. وفي بعض الأخبار «كلب زرع[٥]».

فكل ذلك يوجب قتل الكلب العقور، فمن تركه، فقد تعدى في تركه، فيجب أن يضمن عقره، كما أن من وقف دابته في شارع المسلمين يكون متعدياً، فيضمن ما يكون منها بيدها، أو رجلها، أو عضها، أو صدمها، وإن لم يكن عرف عقره، فلا ضمان؛ لأنَّه لا يتعدى بتركه إذا كان ينتفع به على ما بيناه.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣١١، والمنتخب: ٣٩٤.

(٢) في (ب): بالعقر.

(٣) أخرجه البخاري ٥٤٥/٢، وابن خزيمة ٤٦/٤، وأبو عوانة ١٥٦/٤، والدارمي ٤٨٣/١، والنسائي ٤٢٤/٣ عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه الطحاوي ٥٦/٤.

(٥) أخرجه مسلم ١٢٠٣/٣، وأبو عوانة ٣٦٤/٣، والترمذي ٨٠/٤، وأبو داود ١٠٨/٣، والنسائي ١٥٠/٣.

وقلنا: إلاَّ أن يكون ترك في شارع من شوارع المسلمين، فيكون سبيله سبيل الدابة وغيرها على ما مضى القول فيه، من اعتبار عقره في الموضع الذي أقيم فيه دون أن يتجاوزه.

روى محمد بن منصور يرفعه إلى علي - عليه السلام - أنَّه كان يُضمِّن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً، ولا يضمنه إذا عقر ليلاً.

والوجه في ذلك أنَّه إذا ترك نهاراً يكون صاحبه متعدياً، وروي عنه - عليه السلام - أنَّه قال: إذا دخلت دار قوم بإذنهم، فعقرك كلبهم، فهم ضامنون، وإذا دخلت بغير إذنهم، فلا ضمان عليهم.

ويجوز أن يكون وجهه أنَّه إذا دخل بإذنهم يحصل له حق استطراقها، والكون فيها، فيجري مجرى أن يعقر في شارع من شوارع المسلمين، والله أعلم.

قال: وكذلك القول في غير الكلب إذا عقر، ينظر في حال الغير، فيجري قياسه على ما قدمنا القول فيه من التعدي، وغير التعدي، وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1].

مسألة: فيما أفسدت الدابة من الزرع

قال: ولو أن دابة أفسدت زرع قوم ليلاً، ضمن صاحب الدابة لصاحب الزرع ما فسد من زرعه، وإن أفسدته نهاراً، لم يضمن.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]، وبه قال الشافعي، قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يضمن ، ليلاً كان ذلك، أو نهاراً.

والأصل فيه: ما روي أنَّ ناقةً للبراء بن عازب دخلت حائطاً، فأفسدت، فأُتي به إلى النبي[3] - صلى الله عليه وآله وسلم - فقضى أن على أهل الماشية حفظها بالليل،

---

(١) انظر: المنتخب ٤٠٣.
(٢) انظر: المنتخب ٢٩٨.
(٣) في (أ): فأتى به النبي.

وعلى أهل الزرع حفظه بالنهار[1]، فلما قضى - صلى الله عليه وآله وسلم - على صاحب الماشية بحفظها في الليل، كان من لم يحفظها، أو أرسلها، متعدياً في إرساله، فيجب أن يضمن ما أفسدت من الزرع، كما أن من وقف دابته في شارع المسلمين، ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن صاحبها يكون ضامناً لما يكون منها؛ لكونه متعدياً (في أن يقفها، فكذلك من أرسل الماشية ليلاً، يجب أن يضمن لكونه متعدياً)[2] في إرساله، وروى هذا الحديث أبو جعفر الطحاوي، فزاد: وعلى أهل المواشي ما أفسدت مواشيهم بالليل. وروي أيضاً ما أفسدت المواشي بالليل ضمان[3] على أهلها[4].

فإن قيل: فقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: «العجماء جُبار» وهو عام.

قيل له: يكون ذلك جباراً إذا لم يكن من صاحبها تعد في إرسالها، لا خلاف فيه؛ ألا ترى أنّه إذا /٢٠٥/ أوقفها في الشارع، لم تكن جُباراً؟ فإذا صح ذلك، وكان صاحبها متعدياً بإرسالها ليلاً، لم يجب أن يكون ما تفسد ليلاً جُباراً، فإن قيس إفسادها ليلاً على إفسادها نهاراً، كان ذلك فاسداً، وذلك أن ضمان جنايات البهائم تتعلق بتعدي صاحبها، فيجب أن يراعى متى يكون متعدياً، ومتى يخرج عن التعدي، وهذا مما لا خلاف فيه، فإذا ثبت أن يكون[5] بإرساله نهاراً غير متعد، فكيف يجوز أن يقاس إفسادها ليلاً على إفسادها نهاراً؟

ويمكن تحرير القياس فيه بأن: يقال لا خلاف أن من وقف دابته في شارع من شوارع المسلمين[6] يكون ضامناً لما يكون منها في حال (وقوفها، فكذلك من أرسلها

---

(١) أخرجه ابن حبان ٣٥٤/١٣، والبيهقي ٣٤١/٨، والحاكم ٥٥/٢، وأبو داود ٢٨٨/٣، والنسائي ٤١١/٣، عن محيصة عن البراء بن عازب.

(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٣) في (ب): ضامن. ونبه على: ضمان.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ٢٠٣.

(٥) سقط من (أ): فإذا ثبت أن يكون.

(٦) في (أ): في شارع المسلمين.

ليلاً يجب أن يكون ضامناً لما يكون منها في حال[1] إرساله؛ والعلة أن جنايتها وقعت في حال كان صاحبها متعدياً في تركها على تلك الحال.

مسألة: في الجناية على البهائم

قال: ولو أن صاحب الزرع عدا على الدابة، فقتلها، أو جرحها، أو قطع منها عضواً، ضمن ما فعل من ذلك، ليلاً كان، أو نهاراً.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

ووجهه: أنَّه في جميع ذلك متعد، فيجب أن يضمنه كما يضمن[3] إذا جنى على سائر أموال الناس واستهلكها، وهذا مما[4] لا خلاف فيه.

مسألة: في حبس صاحب الزرع للبهيمة فتتلف

قال: فإن أخذها ليلاً، وحبسها، فتلفت بأي وجه كان من التلف ليلته تلك، لم يضمنها إذا لم يكن تلفها بجناية منه، فإن حبسها بعد ليلته تلك، فتلفت، ضمنها.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[5].

اعلم أنَّه يكون كذلك إذا أخذها حفظاً لها على صاحبها ليردها عليه، فإذا[6] أخذها على هذا الوجه يكون بمنزلة الملتقط، والآخذ للضالة، في أنَّه لا يضمنها إذا تلفت بغير جنايته إلى حين إمكان ردها على صاحبها، فأما إن أخذها على سبيل الغصب، فإنه يكون ضامناً لها كما يضمن المغصوب؛ لأنَّه[7] لا يخلو أخذُها من أن يكون لصاحبها، أو لنفسه، فإن كان أخذها لصاحبها، فهي بمنزلة الضالة، وإن أخذها

---

(١) سقط ما بين المعقوفين من (أ).
(٢) انظر: المنتخب ٢٩٨ - ٢٩٩.
(٣) في (ب): كلما يضمن.
(٤) في (أ): ما.
(٥) انظر: المنتخب ٢٩٩.
(٦) في (ب): حفظاً لها ليردها فإذا.
(٧) سقط من (ب): لأنه.

لنفسه[١] يكون غاصباً، وتحديده تلك الليلة؛ لأن الغالب أنَّه لا يمكن ردها حتى يصبح، وأنه إذا أصبح، أمكن ذلك، فأما إن أمكن ردها تلك الليلة، فإنه يكون بحبسها غاصباً، ويضمن، وإن لم يمكن ردها إذا أصبح، لم يكن بإمساكها غاصباً، و لم يضمن، ونكتة الباب ما ذكرنا.

مسألة: فيمن دفع غيره على ثوب فانخرق

قال: ولو أن رجلاً دفع آخر على ثوب، فانخرق، ضمنه الدافع دون المدفوع، إلاَّ أن يكون فيه للمدفوع جناية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

ووجهه: أن المدفوع بمنزلة الآلة، فكأن الدافع ألقى عليه حجراً أو نحوه حتى خرقه؛ لأن المدفوع يجري مجرى الحجر في ذلك، إلاَّ أن يكون منه جناية أيضاً، كأن يرسل نفسه، أو يعتمد عليه، أو يتحرك حركة تؤثر في ذلك، فيضمن بقدر ذلك.

مسألة: فيمن أشعل ناراً في أرضه فتعدت إلى غيره

قال القاسم - عليه السلام -: لو أن رجلاً أشعل النار في زرع له في أرضه، فتعدت النار إلى زرع غيره، لم يضمن.

ووجهه: أن الإحراق ليس بفعل له، وإنما فعله وضع النار في الزرع، وهو لم يكن متعدياً في وضع النار الذي كان سبباً للإحراق، فلم يجب أن يضمنه، كما أن رجلاً لو وضع حجراً في داره، أو حفر بئراً في ملكه، فعثر بالحجر عاثر، أو وقع في البئر واقع، لم يضمن؛ لأن العثار بالحجر لم يكن فعله، ولا الوقوع في البئر، ولم يكن هو متعدياً في سببهما الذي هو وضع الحجر، وحفر البئر؛ لأن[٣] الإنسان إنَّما يضمن فعله إذا تعدى فيه، أو يضمن فعل غيره إذا تعدى في سببه، ولسنا نريد بالسبب ما يريده

---

(١) في (أ): نفسه.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٤.
(٣) في (أ): ولأن.

/٢٠٦/ المتكلم؛ لأنَّه لا يجوز أن يكون المسبَّب فعلاً لغير فاعل السبب إذا أريد به التحقيق، وإنما يستعمل ذكر السبب على طريقة الفقهاء.

فإن قيل: أليس الإنسان قد يرمي صيداً، فيصيب إنساناً، فيضمنه وهو[1] غير متعدٍ في الرمي، فما الفرق بين هذا وبين ما ذكرتم؟

قيل له: الفرق بينهما أن الإصابةَ فعلُه، كما أن الرمي فعله، فهو إنَّما يضمن الإصابة التي هي فعله، وهو فيها متعدٍ، وليس كذلك الإحراق؛ لأنَّه ليس بفعل له، وإنما فعله هو وضع النار في الزرع كما بيناه، فإن تعدى في وضع النار بأن وضعها في أرض غيره، ضمن جميع ما احترق بها؛ لأنَّه متعدٍ في السبب، كما أن من وضع حجراً، أو حفر بئراً في شارع من شوارع المسلمين، ضمن ما يحدث من العثار به، والوقوع فيها.

مسألة: في ضمان الحجام والمتطبب والمُجبِّر ما أفسدوه

قال: وإذا عنت المتطبب والحجَّام والمجبر، ضمنوا إذا لم يكونوا تبرؤوا، وإن كانوا تبرؤوا ، لم يضمنوا، إلاَّ إذا[2] لم يكونوا من أهل البصر فيما اقتحموه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[3].

وذلك أن تلك الجنايات جنايات أيديهم، فيجب أن يضمنوها؛ لأن أفعالهم مضمونة، إلاَّ أن يكونوا قد تبرؤوا، وذلك أن الإبراء منها يصح، ألا ترى أن من شج غيره يصح منه إبراؤه من الشج، ومما يتولد عنه؛ ولأن إبراءهم يجري مجرى الإذن لهم فيما يتفق منهم؟ والله أعلم.

قال: إلاَّ أن يكونوا غير عالمين بالصنعة، وذلك أن إبراءهم إنَّما كان بشرط أن يجتهدوا مع العلم بذلك، فإذا لم يكونوا من أهل البصر، كانوا قد غروا، فيجب أن يضمنوا كما يضمن سائر من تعدى.

---

(١) في (ب): يضمنه هو.

(٢) في (ب): إن.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٣٠٩. والمنتخب ٢٩٤.

مسألة: في ضمان ما يتلفه الجدار إذا وقع

قال: وإذا وقع الجدار على طريق من طرق المسلمين، فعنت تحته عانت، ضمن صاحب الجدار إن كان قد علم قبل ذلك بفساد الجدار وميلانه، وتركه[١] على ذلك، وإن لم يكن علم ذلك قبل أن يقع، فلا ضمان عليه.

لا خلاف أنَّه يضمن ما تلف بسقوط الجدار عليه من نفس، أو عضو، أو مال، وإنما اختلفوا فيه متى يكون ضامناً، فقال أبو حنيفة: لا يضمن حتى يتقدم إليه برفعه وإصلاحه، وسواء تقدم إليه به الحاكم، أو أحد ممن له فيه حق الاستطراق، فأما إذا كان[٢] ذلك، وتركه مع إمكان الإصلاح، صار ضامناً.

قال: ويشهد عليه، والإشهاد إنَّما هو لخوف التجاحد، فأما وجوب الضمان فيما بينه وبين الله - عز وجل -[٣] فيكفي أن يتقدم إليه، وحكى ابن أبي هريرة نحو ذلك عن مالك، وقال ابن أبي هريرة: هو ضامن على كل حال؛ لأنَّه متعد، كأنه[٤] حكاه عن الشافعي، واشترط أصحابنا أن يكون قد علم بذلك، وذلك أن ميلانه إلى الطريق ليس بفعل له، ولا تعدى في فعل سببه؛ لأنَّه إن كان بناه، فلم يتعد في بنائه، وإن كان ملكه قائماً، فلم يتعد في تملكه، فيجب ألا يضمن متى سقط من غير أن يعلم ميلانه، ويتمكن من رفعه وإصلاحه، ألا ترى أن الريح لو أسقطته وهو منتصبٌ غير مائل، لم يضمنه، فكذلك إذا مال ولم يعلم به؛ لأن الميل يحصل عند إسقاط الريح إياه أولاً، ثُمَّ يسقط، و/٢٠٧/لكن لا يضمنه إذا لم يعلم، ولم يتمكن، فأما إذا علم وتمكن[٥]، ثُمَّ ترك على تلك الحال، فإنما يكون متعدياً بتركه على تلك الحال، فلذلك يكون ضامناً.

فإن قيل: فلِم قلتم: إنَّه يكون متعدياً إذا لم يتقدم إليه بذلك؟

قيل له: لأن الحاكم إذا علم بذلك، وجب عليه التقدم بإزالته دفعاً للأذى عن

---

(١) في (أ): بفساده وتركه.
(٢) في (أ): الاستطراق فإذا كان.
(٣) في (ب): الله تعالى.
(٤) في (أ): فإنه.
(٥) في (أ): علم أو تمكن.

طريق المسلمين، فإن أبى، أكرهه عليه، أو فعله بغيره، فلولا أنَّه واجبٌ، لم يَحسُن للحاكم أن يفعل ذلك، وإذا ثبت أن الحاكم يحسن منه، بل يجب إكراهه عليه، ثبت أنَّه واجبٌ عليه؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكره أحداً إلاَّ على ما هو واجبٌ عليه.

فإن قيل: فما[1] أنكرتم أن يصير واجباً عليه بأمر الحاكم له؟

قيل له: ولو لم يكن واجباً عليه قبل الأمر، لم يحسن الأمر به على طريق الإيجاب، وأيضاً روي «لا يكون الرجل مؤمناً حتى يأمن جاره بوائقه» [2]، وهذا من بوائقه، فيجب عليه أن يؤمن جاره منها، فأما إن مال على ملكه، فلا يضمن شيئاً من ذلك إن سقط؛ لأنَّه غير متعدٍ فيه، ومما يدل على تعديه متى علم بميلانه[3] على الطريق، وتركه، أنَّه يكون قد شغل بميلانه هواء ما لا يملكه من الطريق، فمتى تركه على ذلك، كان متعدياً؛ لأنَّه ليس له أن يدع ملكه يشغل[4] ملك غيره؛ لأنَّه إذ ذاك يجري مجرى فعله.

مسألة: في من يقتص منه فيموت

قال: ومن اقتص منه بحق، فمات، فلا قود له ولا دية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[5]، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، قال أبو حنيفة: تلزم ديته المقتص له.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنَّه استوفى منه ما استوفى بحق، ولم يكن فيه تعد، فوجب أن تكون سرايته غير مضمونة، دليله من أقيم عليه الحد فمات، وأيضاً إذاً جرح أهلُ العدل أهلَ البغي، فمات منه الباغي، لم تكن له دية، ولا قود؛ والعلة أن جراحته لم

---

(١) في (ب): ما.

(٢) أخرجه البخاري ٥/٢٢٤٠، والحاكم ٤/١٨٢ عن أبي هريرة، والبزار ٥/٣٩٢ عن عبدالله ، وابن أبي شيبة ٥/٢٢٠ عن أنس، بألفاظ مختلفة.

(٣) في (ب): ميلانه.

(٤) في (أ): لشغل.

(٥) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٩.

تكن مضمونة، فوجب أن تكون سرايتها غير مضمونة، وكذلك الدافع عن نفسه وماله إذا جرح الطالب له ظلماً، فمات منه لما بيناه لم يكن عليه ضمان.

فإن قيل: لسنا نسلم أن جراحته غير مضمونة؛ لأنها مستوفاة على وجه[١] البدل.

قيل له: هذه[٢] عبارة فارغة مشاحَّتكم فيها مما لا فائدة فيها؛ وذلك أن معنى قولنا: إن جراحته غير مضمونة: أن المجروح لا يستحق على الجارح فيها لا القصاص، ولا الأرش، فلو تركنا ذكر الضمان، وقلنا: لما كانت جراحته لا يستحق بها الأرش، ولا القود، وجب أن تكون السراية كذلك، دليله سائر ما ذكرنا، لاتساق[٣] الكلام.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «من استقاد من أحد، ثُمَّ مات المستقاد منه، غرم المستقاد ديته»[٤].

قيل له: هذا حديث[٥] ضعيف ما نعرف صحته، ولا تلقته العلماء بالقبول، ولا رجعوا إليه، على أنَّه إن صح، فليس في ظاهره ما يدل على موضع الخلاف؛ لأن ظاهره إلزام[٦] الدية المستقاد، وهو الذي تولى[٧] أخذ القود، والخلاف في المستقاد له، وهو المستحق للقود أنَّه يلزمه الدية أم لا [٨] والمستوفي قد يكون أجنبياً يستوفيه بإذن المستحق، وإذن /٢٠٨/ الإمام، وإذا ثبت ما قلنا، احتيج له إلى تأويل، فكـــان تأويله - والله أعلم - أن المستوفي إن كان منه خطأً في استيفاء أكثر مما وجب، فمات، فعليه الدية.

فإن قيل: الجراحات معتبرة بما تؤول إليه، وسقط[٩] معها حكم الابتداء، بدلالة أنها إذا سرت إلى النفس، وجب القود.

---

(١) في (ب): جهة.
(٢) في (ب):هذا.
(٣) في الأصل: لاتسق، ولعل الصحيح ما أثبتناه.
(٤) أخرجه عبد الرزاق ٩/٤٥٥ عن ابن طاووس عن أبيه موقوفاً.
(٥) في (ب): الحديث.
(٦) في (ب): ألزم.
(٧) سقط من (ب): تولى.
(٨) في (أ): الدية أو لا.
(٩) في (أ): ويسقط.

قيل له: هذا يكون إذا كانت الجراحة مضمونة، فأما إذا كانت غير مضمونة، فلا تعتبر فيها السراية؛ بدلالة سائر ما قدمناه من قطع يد السارق، أو جرح الباغي، وما أشبهه.

فإن قيل: اليد المقطوعة مأخوذة على وجه البدل من يد المقتص له، والأبدال مضمونة، فوجب أن تكون يده مضمونة، وإذا [(١)] كانت مضمونة، كانت السراية مضمونة.

قيل له: قد بينا [(٢)] أن قولكم إن يده مضمونة عبارة فارغة، على أن الأبدال المضمونة التي تؤخذ (على وجه معاوضة الانتفاع، واليد وإن كانت كالبدل، فليست تؤخذ)[(٣)] للانتفاع، لأن المقتص له لا ينتفع به، وإنما تؤخذ الردع والزجر، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾(البقرة ١٧٩) وما كان كذلك، لم يجب أن تكون مضمونة، و لم تجرِ مجرى الأبدال التي تجري للمعاوضات.

مسألة: في الشيخ يجامع فيموت بسبب من امرأته

قال: ولو أن شيخاً جامع امرأته[(٤)]، فلكزته، أو ضمته ضماً شديداً، أو ما أشبه ذلك، فقتلته، لزمها ديته.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[(٥)].

وذلك أنها قتلته خطأً، فوجب ديته عليها، كما يجب على المخطئ في سائر المواضع.

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام -: وبلغنا نحو ذلك عن علي - عليه السلام - أنّه قضى بديته عليها[(٦)]، وكذلك لو أن معلماً ضرب صبياً أو أفزعه[(٧)]، فمات، ضمن

---

(١) في (أ): فإذا.
(٢) في (ب): قد قدمنا.
(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٤) في (ب): امرأة.
(٥) انظر: الأحكام ١/ ٤٠٤.
(٦) انظر: الأحكام ٤٠٤.
(٧) في (أ): فزعه.

ديته(١)، وهذا عندي - والله أعلم - محمول على أنَّه إذا تجاوز به المعتاد الذي يستحسنه المسلمون في مثله، ويكون هو في حكم المأذون له فيه، فإذا تجاوز ذلك، كان متعدياً، فتلزمه الدية، وإن لم يتجاوز ذلك، فيجب ألا يلزمه شيء ، والله أعلم.

مسألة: فيمن أفزع حاملاً فأسقطت

قال: ولو أن رجلاً أفزع امرأة حاملاً، فألقت ما في بطنها، ضمنه المفزع.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)(٢).

قلنا ذلك؛ للوجه الذي بيناه قبل هذه المسألة، ولما روي أن عمر أرسل إلى امرأة بلغه عنها أمر، فألقت حملها فزعاً من عمر وإرساله، فاستشار فيه، فقيل له: لا شيء عليك، فقال علي - عليه السلام -: إن كانوا جهلوا، فقد أخطؤوا، وإن كانوا عرفوا، فقد غشوك. فالزمه الضمان، فالتزمه عمر، و لم ينكره أحد.

مسألة: فيمن عُضت يده فانتزعها مع أسنان العاض

قال: ولو أن رجلاً عض يد رجل ظالماً، فانتزع المعضوض يده من فيه، فقلع شيئاً(٣) من أسنانه، فلا شيء عليه، لا دية(٤)، ولا قود.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٥).

وحكي عن ابن أبي ليلى أنَّه يضمن، و لم يبلغني عن غيره فيه خلاف.

ووجهه: أنَّه مأذون له في دفع الظلم عن نفسه، ولو بقتل الظالم إذا لم(٦) يمكن سواه، وليس قلع أسنانه بأعظم من قتله، ولو لم يمكن تخليص يده من فيه إلاَّ بقتله، لم يلزمه في قتله شيء، فكذلك في قلع أسنانه، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله

---

(١) انظر: المنتخب ٣٩٦.
(٢) انظر: المنتخب ٤٠٠.
(٣) في (ب): سناً.
(٤) سقط من (ب): لا دية.
(٥) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٣.
(٦) في (أ): إذ لم.

و/٢٠٩/سلم أنّه سئل عن ذلك فقال: «أَيَدَعُ يده في فيك تقضمها كأنها في فم فحل؟» و لم يقض فيه بشيء[١].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن رجلاً عض يد رجل، فانتزع يده من فيه، فسقطت ثنيتاه، فلم يجعل عليه شيئاً، وقال: «أيترك يده في فيك تقضمها كما يقضم العجل؟»[٢]. فكل ذلك دل على أنّه هدرٌ.

مسألة: في المرأة تقتل من يراودها عن نفسها

قال: ولو أن رجلاً راود امرأة عن نفسها حراماً، فلم تجد إلى دفعه[٣] سبيلاً إلاّ بقتله، فقتلته دفعاً له عن نفسها، فلا دية له، ولا قود.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن الواجب عليها أن تمتنع، وتدفعه[٥] عن نفسها بكل ما أمكنها، وإن بلغ ذلك جرحه، أو قتله، فإذا قتلته، فلا شيء عليها.

مسألة: في ضمان الحافر والمستحفر ما يقع في البئر

قال: ولو أن رجلاً استحفَر رجلاً بئراً في ملكه، فحفر له، ثُمَّ عنت فيه عانت، فلا ضمان على المستحفر، ولا الحافر.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٦].

ووجهه: أنَّ عنت من عنت فيها ليس بفعل للمستحفر[٧]، ولا الحافر، ولا كان منهما تعدٍ في سببه وهو الحفر؛ لأن الحفر وقع في ملك المستحفر، فلا وجه لتضمين واحد منهما، وهذا مما لا خلاف فيه.

---

(١) أخرجه أبو عوانة ٤/٩٥، والطبراني في الكبير ٢٢/٢٥٠ عن يعلى بن أمية.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب الديات.

(٣) في (ب): دفعها. وظنن على: دفعه.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٠.

(٥) في (ب): أن تمنع وتدفع.

(٦) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٤.

(٧) في (ب): المستحفر.

قال: فإن استحفره في شيء من طريق المسلمين، فعنت فيه عانت، ضمنه الحافر دون المستحفر، وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

ووجهه: أن الحافر تعدى في الحفر، وهو سبب الوقوع فيه، فيجب أن يضمنه؛ لأنَّه لم يكن له أن يحفر في طريق المسلمين، وأما[٢] المستحفر، فلا شيء عليه؛ لأنَّه لم يكن منه إلاَّ الأمر المجرد، فلم يجب أن يضمن.

قال: فإن كان الحافر عبداً، كانت جنايته في رقبته كسائر جناياته في أنها في رقبته، فإن شاء مولاه فداه، وإن شاء سلَّمه، كما نقول في سائر الجنايات، وهذا إذا كان العبد مأذوناً له في أن يؤاجر نفسه.

قال: إلاَّ أنَّه إن كان مأذوناً له في أن يؤاجر نفسه، لم يرجع سيده على المستحفر بشيء؛ لأنَّه غير غاصب له، فلا شيء عليه.

قال: فإن كان محجوراً عليه، رجع مولاه بما لزمه، ما لم يتجاوز بقيمته، فإن تجاوزها، لم يرجع بالزيادة؛ وذلك أن المستحفر يكون غاصباً للعبد[٣]، فيجب أن يكون ضامناً له ولجنايته إلى قيمته؛ لأن ذلك حكم الغصب، وكذلك لو[٤] مات في ذلك العمل يضمنه كما يضمن الغاصب.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[٥].

مسألة: فيمن استعان بصبي أو مملوك فعنت

قال: ولو أن رجلاً استعان بصبي حر، أو مملوك، بغير إذن أوليائهما، فعنت، ضمنه المستعين به.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٦].

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٤.
(٢) في (ب): فأما.
(٣) سقط من (أ): للعبد.
(٤) في (أ): وكذلك للعبد لو.
(٥) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٤ - ٣١٥.
(٦) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٢.

وذلك أنَّه في حكم الغاصب لهما؛ لأن تصريفه لهما على أمره غصب لهما، فيجب أن يضمنهما إذا عنتا فيه، وبمثل قولنا قال أبو حنيفة وأصحابه[١]: إن العبد لا يغصب إلاَّ باستعماله وتصريفه على الأمر والنهي بغير إذن صاحبه، (فكذلك قلنا: إنَّه متى استعمله بغير إذن صاحبه)[٢] كان غاصباً، ويضمنه كما يضمن الغاصب. وفصل أبو حنيفة بين الحر الصغير، وبين العبد في باب الضمان بأن قال: إن من غصب الصبي الحر يضمن تلفه، إلاَّ أن يتلف بأمر سماوي[٣]، والعبد مضمون التلف بأي وجه كان، وذكر أيضاً أنَّه يضمن جنايات العبد إلى قيمته، ولا يضمن جناية الصبي.

مسألة: في تصادم السفينتين

قال: ولو /٢١٠/ أن سفينتين تصادمتا، فغرقتا، ضمن أصحاب كل واحدة منهما ما تلف في الأخرى.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

يعني بالأصحاب: المجري له، القائم بأمر مسيره من المَلاَّح، وصاحب المجراف[٥] دون المالك، والراكب، فلا فعل لهما، إلاَّ أن يعملا هما مع الملاحين، فيدخلا في الضمان، وعلى ما مضى القول في متجاذبي الحبل يجب أن يكون أصحاب كل واحدة منهما يضمنون نصف ما في السفينة الأخرى، ونصف ما في هذه، على ما قلناه فيما تقدم؛ لأن التصادم منهم وقع بأجمعهم، فكان كل واحد منهم كان له فعل في كسر كل واحدة منهما[٦].

قال: وإن كانت إحداهما هي الصادمة، ضمن أصحابها المصدومة، وذلك أن

(١) في (ب): والشافعي. وشكل في الهامش عليها.
(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٣) في (ب): سمادي. وظنن على: سماوي.
(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٥.
(٥) في (أ): المحراق. وفي القاموس: مجداف أو مجذاف، لغتان فصيحتان، فلعل المجراف والمحراق غلط في النسخ.
(٦) في (ب): من السفينتين.

الجناية من جهة أصحاب الصادمة، فلزمهم الضمان، دون أصحاب المصدومة التي لا جناية لها.

مسألة: فيمن وقع من شاهق على رجل

قال: ولو أن رجلاً وقع من سطح، أو ما أشبهه، على رَجل، فمات الرجل، وكان في شارع، أو مسجد، أو ما أشبهه، ضمن الساقط ديته.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وذلك إذا كان السقوط بفعل من جهة الساقط؛ لأن سقوطه لو كان بفعل غيره، كانت الدية على المُسقط، كما نص فيما مضى على من أوقع غيره على ثوب فانخرق أن الضمان على الموقع؛ لأن الساقط يكون كالآلة من الحجر ونحوه، فبان أن الساقط يضمن الدية إذا كان السقوط بفعله به، أو بسبب هو فعله، وإنما اشترط أن يكون ذلك في مسجد، أو شارع؛ لأنَّه لو كان سقط في ملكه، لم يكن متعدياً في السقوط، وإنما يكون متعدياً إذا سقط في غير ملكه.

قال: فإن ماتا جميعاً، ضمن الساقط دية من سقط عليه، وبطلت[٢] دية الساقط، لأنَّه لا جناية لمن سقط عليه في إتلاف الساقط، وإنما الساقط هو المتلِف له.

وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

---

(١) انظر: المنتخب ٣٩٤.
(٢) في (أ): وتطلب. وشكل عليها.
(٣) انظر: المنتخب ٣٩٤.

باب القول في القصاص

مسألة: في شروط وجوب القصاص

أيما رجل، بالغ، قتل حراً، مسلماً - بالغاً، كان المقتول، أو غير بالغ - على غير جهة الاستحقاق، لزمه القود.

وهذا ما لا خلاف فيه.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾(البقرة: ١٧٨)، وقوله: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾(البقرة: ١٧٩)، وقوله: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾(المائدة: ٤٥).

قال: وكذلك من قطع له عضواً من المفصل، أو فقأ له عيناً، اقتص منه له[١]، وكذلك إن جرحه جراحة يمكن أن يعرف مقدارها في طولها، وعرضها، وذهابها في الجسد، اقتص له منه[٢]، فإن لم يمكن الإحاطة بها، لم يقتص، وهذا أيضاً لا خلاف فيه؛ وذلك لقوله - عز وجل-:﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ﴾ الآية (المائدة:٤٥).

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣].

وأما السنن الواردة في القصاص : ما روي عن أبي هريرة أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - خطب يوم فتح مكة، فقال: «ألا ومن قتل قتيلاً، فوليه بخير النظرين، بين أن يقتص، وبين أن يأخذ الدية» [٤].

وروى ذلك غيره أيضاً بألفاظ مختلفة، ويدل على ذلك /٢١١/ قوله - صلى الله

---

(١) في (ب): له منه.

(٢) سقط من (ب): منه.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٨٢، ٢٩١، ٢٩٧. والمنتخب: ٣٨٣.

(٤) أخرجه البخاري ٥٣/١، ومسلم ٩٨٨/٢، وابن حبان ٢٨/٩، وأبو عوانة ١٨٧/٤، والترمذي ٢١/٤، وأبو داود ١٧٢/٤ عن أبي هريرة.

عليه وآله وسلم -: «لا يحل دم امرئ مسلم إلاَّ بإحدى ثلاث» وروي عن ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «العمد قود، إلاَّ أن يعفو ولي المقتول»[١].

ويدل على ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾(الإسراء: ٣٣).

وفي رواية زيد بن علي يرفعه أن علياً - عليه السلام - قال في شاهدين شهدا على رجل بالسرقة، فقطع يده، ثُمَّ جاءا فقالا: يا أمير المؤمنين، غلطنا، فألزمهما الدية، وقال: «لو علمت أنكما تعمدتما قطع يده، لقطعت أيديكما»[٢]. فدل على أن اليد تقطع قصاصاً، وكذلك كل طرف يمكن قطعه، وعن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - «لا يستقاد من الجروح حتى تبرأ»[٣]، فكل ما ذكرناه يوضح أمر القصاص في النفس فما دونها.

وإنما اشترطنا في الجروح أن تكون مما يمكن الإحاطة بمقدارها؛ ليكون القصاص واقعاً على التحقيق؛ لأن القصاص من حكمه أن يقع موقع جرح المقتص له، فإذا لم تمكن الإحاطة، لم يصح القصاص ، وإذا لم يصح، لم يجب، ولم يجز.

مسألة: فيما لا قصاص فيه من الجروح

قال: ولا قصاص في المنقّلة، ولا الهاشمة، ولا الآمّة، ولا الجائفة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٤].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأنَّه لا يمكن ضبط هذه الجراحات؛ لأن المنقلة، والهاشمة، والآمة، لا يصح القصاص فيها إلاَّ بكسر العظام، ولا يمكن أن تكسر على مقدار

---

(١) في (أ): ولي الدم المقتول. والحديث أخرجه الدارقطني ٣/٩٤، وابن أبي شيبة ٥/٤٣٦.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق.

(٣) أخرج نحوه الدارقطني ٣/٨٨، والطبراني في الأوسط ٤/٢٣٥ عن جابر.

(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩١، والمنتخب: ٣٩١.

معلوم، وحد محدود، وكذلك الجائفة لا يمكن فيها التقدير الصحيح، فلذلك سقط في جميع ذلك القصاص؛ لأنه متعذر لا يمكن، والأقرب - والله أعلم - أن القصاص لا يمكن إلاَّ من الموضحة فقط؛ لأنها توضح عن العظم، ولا تؤثر فيه، فمقدارها معلوم، وحدها مضبوط، وقد ذكر ذلك عن كثير من العلماء، ولم يختلفوا أن القصاص منها واجب، وأما ما دونها، فالأقرب أن القصاص يتعذر فيه، فإن أمكن، جاز، والله أعلم.

قال: وكذلك إن كسر العظم، أو قطع لا من المفصل، بل من وسط العظم، كنحو الزند، أو قصبة الساق، فلا قصاص فيه. وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه، وذلك لتعذر ضبط مقاديرها على حقائقها على ما بيناه.

مسألة: في قتل الحر بالعبد

قال: وإذا قتل الحر عبداً، لم يقتل به.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[2]، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يقتل به.

والدليل على ما قلناه: قوله - عز وجل -: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾(البقرة: ١٧٨)، ودخول الألف واللام في الحر على الجنس، فكأنه - عز وجل - قال: كل الحر يقتل بالحر، فلم يجز أن يكون حر يقتل بعبد [3]؛ لأن تقديره أن الأحرار كلهم يقتلون بالأحرار.

والوجه الثاني[4]: أن العبد لو كان بمنـــزلة الحر في باب القصاص، لم يكن لهذا

---

(١) انظر: الأحكام ٢٩١، والمنتخب: ٣٩١.

(٢) انظر: الأحكام ٣٠١، والمنتخب: ٤٠٢.

(٣) في (ب): بالعبد.

(٤) الوجه الأول هو دخول الألف واللام على الجنس.

التخصيص فائدة، كما لا فائدة في أن يقال: أهل الحجاز بأهل الحجاز، وأهل الشام بأهل الشام، وأهل العراق بأهل العراق، إذا ثبت أن الحجازي والشامي والعراقي في القصاص[1] واحد، فدل ذلك على أن الحر والعبد لا يجريان في القصاص مجرى واحد، /٢١٢/ وأيضاً لا خلاف أن طرف الحر لا يؤخذ بطرف العبد، فوجب ألا يؤخذ بنفسه، وكذا القول في المستأمن، وروي عن جابر - فيما أظن - من السنة ألاَّ يقتل حرٌ بعبد[2].

فإن قيل: فقد قال الله - عز وجل -: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾(المائدة: ٤٥).

قيل له: ذلك مخصوص بما قدمناه.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون تتكافأ دماؤهم».

قيل له: يحتمل أن يكون المراد في الحرمة، وتعظيم سفكه؛ إذ لا تكافؤ بالإجماع من جهة الدية، فإن العبيد تختلف دياتهم على مقادير[3] قيمهم، والمرأة ديتها على النصف، فجاز ألا تتكافأ في القصاص، وأن يكون المراد ما قلناه، (وأيضاً لا خلاف أن دم الأب والابن لا يتكافآن في القصاص، وإن تكافآ في الدية)[4].

فإن قيل: فقد روي: «من قتل عبده، قتلناه، ومن جدع أنفه، جدعناه»[5].

قيل له: هذا الظاهر لا دليل لكم فيه؛ وذلك أنَّه لا خلاف بيننا وبينكم أن السيد لا يقتل بعبده، وأنه لا قصاص بين العبيد والأحرار في الأطراف، وإذا لم يدل ظاهره على موضع الخلاف، كان تأويله عندنا أن نقتله على وجه السعي في الأرض بالفساد،

---

(١) سقط من (ب): في القصاص.

(٢) أخرجه الدارقطني ١٣٣/٣، وابن أبي شيبة ٤٠٩/٥ عن جابر عن عامر عن علي - عليه السلام -.

(٣) في (ب): مقدار.

(٤) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٥) أخرجه الحاكم ٤٠٨/٤، والترمذي ٢٦/٤، والدارمي ٢٥٠/٢، وأبو داود ١٧٦/٤، والنسائي ٢١٨/٤ عن سمرة بن جندب.

والمحاربة، فيقتل عندنا حداً، لا قصاصاً، وإذا لم نختلف أن السيد لا يقتل بعبده، وجب ألا يقتل بعبد غيره؛ والعلة أنَّه ليس بمال، فلا[1] يجب أن يقتل بما هو مال، وقياس على البهيمة أيضاً، وأيضاً قد ثبت أنَّه لا يحد إن قذف العبد، فكذلك لا يقتل إن قتله، على أن العبد أنقص حالاً من الحر في عامة الأحوال، فوجب أن يكون كذلك في القصاص، والله أعلم.

مسألة: في قتل المسلم بالكافر

قال: وكذلك إن قتل المسلم كافراً - ذمياً، أو غير ذمي - لم يقتل به.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[2]، وبه قال الشافعي[3]، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يقتل به.

والدليل على صحة قولنا: ما روي من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يقتل مسلم بكافر»[4]. وهو عام في جميع الكفار.

فإن قيل: فقد روي معه: ولا ذو عهد في عهده[5]. فكان تقديره[6] لا يقتل مسلم بكافر، ولا يقتل ذو عهد في عهده بكافر، فلا بد فيه من ضمير، وإذا كان كذلك، فالمراد به المستأمن.

قيل له: أول ما في هذا أن اللفظة الأولى قد رويت منفردة عن اللفظة الثانية، وذلك يقتضي عمومها في الكفار أجمع، على أن اللفظة متى أُجري أمرها على الظاهر،

---

(١) في (ب): ولا.

(٢) انظر: الأحكام ٣٠١/٢. والمنتخب: ٤٠٢.

(٣) سقط من (أ): قال وكذلك إن قتل المسلم كافراً ذمياً أو غير ذمي، لم يقتل به، وبه قال الشافعي.

(٤) أخرجه البخاري ٥٣/١، والترمذي ٢٤/٤، والدارمي ٢٤٩/٢، والنسائي ٢٢٠/٤، وابن ماجة ٨٨٧/٢ عن علي - عليه السلام -.

(٥) أخرجه الحاكم ٢/ ١٥٣، والبيهقي ٢٩/٨، والنسائي ٢١٧/٤، والدارقطني ٩٨/٣، عن علي - عليه السلام -.

(٦) في (ب): تقدير الكلام.

ولم يثبت فيها ضميرٌ، لم يدل على ما قلتم، وذلك أن التقدير فيه إذا كان على ما قلناه كأنه قال: لا يقتل مسلم بكافر، ولا يقتل ذو عهد في عهده، فيكون الكلام قد دل على أن المسلم لا يقتل بكافر، وأن العهد يحقن دم ذي العهد، فلا يقتل مع عهده كما يقتل من لا عهد له، وهذا هو ظاهر اللفظتين، ولا بد على الأقوال كلها من إثبات الضمير الأول، وهو القتل، وما قالوه لا يتم إلاَّ بإثبات ضمير ثانٍ، وهو أن يقدَّر: ولا ذو عهد في عهده بكافر، وهذا الضمير الثاني لا يفتقر الكلام إليه، وليس فيه ما يدل عليه، فيجري مجرى إثبات لفظ لا دليل /٢١٣/ عليه؛ لأن الضمير بمنزلة اللفظ، ومتى كان ذلك كذلك، سقط حكم هذا الضمير، وإذا سقط حكمه، بطل ما تعلقوا به، وصح ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: اللفظ الأول المراد به هو القصاص، والضمير الذي أثبتموه هو قتل ليس بقصاص، وليس هذا حكم الضمير؛ لأن الضمير يجب أن يرجع إلى المنطوق به؛ ليصح[1] كونه ضميراً، ومتى كان ذلك كذلك، فيجب أن يكون تقدير الكلام: لا يقتص من مسلم لكافر، ولا يقتص من ذي عهد في عهده، فيجب لا محالة إثبات ضمير آخر حتى يكون تقديره: ولا يقتص من ذي عهد في عهده لكافر.

قيل له: اللفظة الأولى هو القتل، ويجوز أن يكون الضمير الثاني أيضاً هو القتل، وإن كان القتل الأول قتلاً على صفة، والضمير قتلاً على صفة أخرى، بعد أن يشتركا في كونهما قتلاً، مثال ذلك: أنَّه[2] يصح أن يقول الإنسان: لا تصح مع كشف العورة صلاة الرجل، ولا صلاة المرأة، ويكون الضمير فيه مع كشف العورة صلاة المرأة، وإن كان ما نريد من العورة بالرجل خلاف ما نريده بالعورة من المرأة؛ لأن عورة الرجل ما بين السرة إلى الركبتين[3]، وجسد المرأة كله عورة خلا الوجه، فصح الضمير مع اختلاف المرادين، لاشتراك الضمير للمظهر في كونهما عورة، كذلك ما اختلفنا فيه

---

(١) في (ب): المنطوق ليصح.
(٢) في (ب): أن.
(٣) في (ب): الركبة.

لاشتراكهما - أعني الضمير والمنطوق به[1] - في كونهما قتلاً، وإن كان المنطوق قتلاً على صفة، والضمير قتلا على صفة أخرى ، على أن قوله (ذو عهد) ينتظم الذمي والمستأمن، فهو محظور الدم ما دام في عهده من الذمة والاستئمان.

وبما اعتمدناه نخص جميع الظواهر التي يتعلقون بها من قوله - عز وجل -: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى**﴾(البقرة: ١٧٨)، وقوله: ﴿**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ**﴾(المائدة:٤٥) وغيرها، على أنّا نعارض هذا بأن نجعله ابتداء دليل، وهو ما روي من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «في النفس مائة من الإبل» ، فأوجب ذلك في كل نفس؛ لأن دخول الألف واللام يوجب التعميم، فإذا ثبت ذلك، ثبت في قتل المسلم لكل كافر مائة من الإبل، وثبوته يوجب سقوط القصاص بإجماع المسلمين أن الدية التامة والقصاص لا يجتمعان.

فإن قيل: روي عن عبد الرحمن بن السمان أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أُتي برجل من المسلمين قتل معاهداً من أهل الذمة، فأمر به فضربت[2] عنقه، وقال: «أنا أولى من وفي بذمته»[3]. وروي أيضاً عن علي - عليه السلام - أنّه قتل مسلماً بذمي ثُمَّ قال[4]: أنا أولى من وفي بذمة محمد - صلى الله عليه وآله وسلم -.

قيل له: يحتمل أن يكون المسلم قتل الذمي على وجه المحاربة والفساد في الأرض، فوقع القتل حداً، و لم يقع (قصاصاً، كما تأولنا قوله: «من قتل عبداً، قتلناه».وأيضاً قد ثبت أن حقن دمه لا لدينه)[5] اختياراً، ولا حكماً، فوجب ألا يقتل المسلم به، قياساً على المستأمن، وعلى الراهب، والشيخ الفاني إن قتلهم مسلم، ولا يعترضه أطفال /٢١٤/ المسلمين؛ لأن الذي قد ثبت لهم حكماً، وإن لم يثبت اختباراً.

---

(١) سقط من (ب): به.

(٢) في (ب): فضرب.

(٣) أخرجه البيهقي ٣٠/٨، والدارقطني ١٣٤/٣، والطحاوي ١٩٥/٣، وفيها: عن عبد الرحمن البيلماني، وهو الصواب .

(٤) في (ب): بذمي، وقال.

(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).

فإن قيل: قد أجمعوا على أن ذمياً لو قتل ذمياً، ثُمَّ أسلم القاتل، أنّه يقتل به، وهذا قتل المسلم بالكافر.

قيل له: هذا استحق القتل قبل الإسلام، فإسلامه لم يزل عنه حقاً لزمه، كما أن حربياً لو استُرِق في دار الحرب، ثُمَّ أسلم، لم يُزِل عنه إسلامه رقه المستحق عليه قبل الإسلام، وإن كان ابتداء الرق لا يجوز أن يجري عليه في حال الإسلام، فكذلك القتل.

مسألة: في القود من جناية الخطأ والمجنون والصبي

قال: ولا قود في شيء من الخطأ، ولا قود على المجنون، ولا على الصبي، (وعمدهما خطأ[1]).

وهذه الجملة مما لا خلاف فيها بين المسلمين، إلاَّ في عمد الصبي)[2]، فقد قيل: إن أحد قولي الشافعي إن عمده عمدٌ وإن كان لا يوجب القود.

مسألة: في الأعور يفقأ عين الصحيح

قال: ولو أن أعور فقأ عين صحيح، فقئت عينه، وقال في (المنتخب)[3] عين الأعور بمنزلة العينين، ولا تفقأ عينه بعين الصحيح.

ما ذكرناه أولاً هو رواية (الأحكام)[4]، وبه قال العلماء: أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، وما ذكرناه من رواية (المنتخب) هو قول مالك.

والدليل على أن عينه تفقأ بعين الصَّحيح: قول الله - عز وجل -: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾(المائدة:٤٥) فعم، و لم يخص عين الأعور من عين الصَّحيح، فوجب أن يستمر القود فيها، وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «في العينين

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٦. والمنتخب: ٣٩٩ - ٤٠٠، ٤٠٢.
(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٣) انظر: المنتخب ٣٩٧ - ٣٩٨.
(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٤.

الدية». وروي في «العين خمسون من الإبل». وهذا عام في كل عين، فبطل قول من قال: إن عين الأعور بمنزلة العينين في القصاص، وفي[1] الدية.

فإن قيل: روي عن علي - عليه السلام - وغيره من الصحابة أن عين الأعور بمنزلة العينين.

قيل له: يحيى بن الحسين لم يصحح هذه الرواية عن علي - عليه السلام - في (الأحكام)[2]، بل ضعفها، وظاهرُ ما روى عنه زيد بن علي من قوله: «في العينين الدية، وفي[3] كل واحدةٍ منهما نصف الدية»[4]. يدل على بطلان هذه الرواية، فإن كان قال بذلك[5] بعض الصحابة، فلا يجب علينا القول به؛ لأن كثيراً من الصحابة قالوا بأقاويل عندنا وعند مالك باطلة، كما روي في المهر، وإبطال العول، وما أشبه ذلك.

فإن قيل: إن عين الأعور بمنزلة العينين؛ لأن نور إحداهما ينتقل إلى الأخرى، كان هذا كلامٌ لا يقوله محصلٌ، لوجهين:

أحدُهما: أنَّه ليس في العقل، ولا الشرع، ولا التجارب ما يدل على ذلك.

والثاني: أن ذلك وإن صح، فلا معتبر بكثرة شعاع العين، ألا ترى أن الشاب الطري يكون شعاع عينيه أكثر من شعاع عيني الشيخ الهم بأضعافٍ مضاعفة، وهذا مما نعرفه ضرورة، ولا خلاف أنَّه لا فصل بين عيني الشاب وعيني الهم في القصاص، وفي الدية؟ فبان أن كثرة الشعاع لا معتبر به، ولا خلاف أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في الدية، والقصاص، فوجب أن تكون عين الأعور كذلك؛ لأن كل واحدة[6] منهما اثنان في أصل الخلقة السوية، فلا يجب أن تكون الواحدة /٢١٥/ بمنزلة الاثنتين.

فأما وجه ما في (المنتخب) ، فهو ما ذكرناه على طريق السؤال، وأجبنا عنه.

---

(١) في (أ): أو في.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٤.
(٣) في (أ): في.
(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب الديات.
(٥) في (ب): ذلك.
(٦) في (ب): واحد.

مسألة: في قتل الرجل بالمرأة

قال: وإذا قتل الرجلُ المرأةَ عمداً، فأولياء المرأة بالخيار، إن شاؤوا، قتلوا الرجل، وأعطوا أولياءه نصف الدية، وإن شاؤوا، أخذوا من القاتل دية المرأة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

والدليل على ذلك قوله - عز وجل -: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنْثَى بِالأُنْثَى﴾(البقرة: ١٧٨)، فلو لم تكن لصنفٍ من هؤلاء الأصناف تخصيصٌ، وكان الحران إذا قتل أحدهما صاحبه بمنزلة حرٍّ وعبدٍ، وكذلك الذكران[٢] إذا قتل أحدهما صاحبه، وكذلك الأنثيان إذا قتلت إحداهما صاحبتها بمنزلة ذكرٍ قتل أنثى، لم يكن لذكر هؤلاء الأصناف، وإفراد كل صنفٍ منها عن صاحبه، معنىً - على ما بيناه في قتل الحر بالعبد - وإذا قد ثبت ذلك، فلا بد من تخصيص يقع، وتمييز يحصل بين قتل الذكر للأنثى، وقتل الذكر للذكر، وقتل[٣] الأنثى للأنثى، وإذا وجب التخصيص، فلم يقل أحدٌ فيهما بالتخصيص مع استيفاء القود إلاّ على ما قلناه، وهو قول علي - عليه السلام - ومروي عنه، وما صح عنه، فعندنا أنَّه يجب أن يُتَّبع، ومن خالف في هذا، كان الكلام بيننا وبينه في هذه المسألة دون الفرع المبني عليها، وأيضاً قد ثبت أن التكافؤ بين النفوس والدماء مراعى عندنا على ما بيناه من أن المسلم لا يُقتل بالكافر؛ لأن دميهما لا يتكافآن للكفر والإسلام، وكذلك الحر لا يقتل بالعبد لهذا المعنى، لأن دميهما لا يتكافآن للحرية والرق، فكان الواجب ألا يتكافأ دم الذكر والأنثى لما بينهما من التفاوت في الدية، إلاَّ أن هذا لما أمكن جبره بالدية، أوجبنا القصاص فيه مع تكميل دية الذكر، ولما[٤] لم يمكن[٥] جبر ما بين الكافر والمسلم، ولا بين الحر والعبد، أزلنا القصاص على المسلم والحر.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠١، ولفظ المنتخب: (قلت: فيقتل الرجل بالمرأة؟ قال: لا) انظر ص: ٤٠٢.
(٢) في (ب): العبدان.
(٣) سقط من (أ): قتل.
(٤) في (أ): لما.
(٥) في (أ): يحصل. وصوب على: يمكن.

فإن قيل: فهذا أخذ العوض على دمٍ يراق، فذلك مما لا يجوز؛ لأن الدم لو كان مستحقاً، فلا وجهَ لأخذ نصف الدية، وإن كان غير مستحق، فلا يجوز سفكه بوجه من الوجوه لعوضٍ يبدل.

قيل له: نحن نقول: إن الدم مستحق لولي الأنثى، إلاَّ أنَّه إذا أراقه، استحق عليه ولي الذكر[1] نصف الدية، وهذا كما نقول في رجلٍ قطع إحدى يدي رجلٍ، ثُمَّ عدا المقطوع إليه عليه فقتله إن ولي المقتول إن شاء، قتله، وأعطاه نصف الدية (وهي دية يده)[2] وإن شاء، أخذ منه نصف الدية، وقاصَّه بدية يده، وهو نصف ديته، والله أعلم.

مسألة: في الرجل يفقأ عين المرأة

قال: وكذلك القول في الرجل إذا فقأ عين المرأة، إن شاءت المرأة، فقأت عينه، وأعطته نصف دية عينه، وإن شاءت، أخذت منه دية عينها، وهي نصف دية عينه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

ووجه هذه المسألة ما مضى من الكلام في المسألة الأولى، إذ هي مبنية عليها.

مسألة: في قتل الجماعة بالواحد

قال: ولو أن جماعة من الرجال، أو الرجال والنساء، قتلوا رجلاً عمداً، قُتلوا جميعاً /٢١٦/ به، إلاَّ أن يشاء ولي الدم أن يأخذ من كل واحدٍ منهم دية من ماله، فذلك له، فإن اجتمعوا على قتل رجلٍ خطأ، لزمتهم جميعاً دية واحدة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[4].

أما قتل الجماعة بواحدٍ، فبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وكثير من العلماء، وبه قال

---

(١) في (أ): الذكر القاتل.

(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٣) انظر: المنتخب ٣٩٥.

(٤) انظر: الأحكام ٣٠٥/٢، والمنتخب: ٣٩٣.

أحمد بن عيسى، والقاسم، وعن الناصر أن ولي الدم يقتل واحداً[١] يختاره، ويأخذ من الباقين للمقتص منه قسطهم من الدية، وعن مالك: لا يقتلون.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله - عز وجل -: ﴿**مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً**﴾(المائدة:٣٢)، وقد علمنا أنَّه ليس المراد به في المآثم؛ لأن قاتل النفس الواحدة لا يجوز أن يكون إثمه مثل إثم قاتل[٢] الجماعة، فلم يبقَ إلا أن يكون المراد به الحكم، فكان المراد به أن قتل الواحد كقتل الجماعة حكماً، فلما كان كذلك، وكان جماعة لو قتلوا جماعة، قُتلوا بهم، كذلك الجماعة لو قتلت واحداً، قتلوا به، ويدلُّ على ذلك قوله: ﴿**كَتَبْنَا**﴾، ومعناه أوجبنا، وحكمنا، فعلمنا أن المراد به الحكم، وعن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من قُتل له قتيل، فأهله بين خيرتين، إن أحبوا، قتلوا، وإن أحبوا، أخذوا الدية» فعم، و لم يخص، فوجب هذا الحكم في من قتل - واحداً كان القاتل، أو جماعة - وروي عن عمر أنَّه قتل جماعة بواحدٍ، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء، لقتلتهم به، وروي نحو ذلك عن علي - عليه السلام - واشتهر ذلك، و لم يرو خلافه عن غيرهما، إلاَّ رواية عن أبي[٣] الزبير، وروي عنه خلاف ذلك أيضاً فقد روي أن جماعة اجتمعوا على قتل واحدٍ، فأراد قتلهم به، فمنعه معاوية، فدل ذلك على أن ما روي عن أبي الزبير من أنَّه لم يرَ قتل الجماعة بالواحد غير صحيح، وروى زيد بن علي، عن علي - عليهم السلام - أنَّه قال لشاهدين شهدا على آخر بالسرقة، فقطعه، ثُمَّ رجعا وقالا: أخطأنا، فقال - عليه السلام -: «لو علمت أنكما تعمدتما، لقطعتكما به»[٤].

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «لا يقتل اثنان بواحد».

---

(١) في (ب): رجلاً.
(٢) في (ب): مثل قاتل.
(٣) في (ب): ابن. ونبه على ما أثبتنا نقلاً عن الأم.
(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب حد السارق.

قيل له: يحتمل أن يكون المراد إذا لم يفعل أحدهما ما يستحق به القود، رداً على ما كانت العرب تفعله، ويفعله الآن غيرهم من أهل الحمية الجاهلية فيمن قتل واحداً؛ لأن أولياء القتل ربما طلبوا قتله، وقتل من صحبه، وأعانه، و لم يباشر القتل، ويدل على ذلك أن النفس لا تتبعض في الإتلاف، فوجب أن يقتل كل واحد منهم؛ لأنَّه قاتل نفسٍ، دليله لو انفرد.

فإن قيل: القصاص هو المساواة والمماثلة، والنفس الواحدة غير مساوية للجماعة.

قيل له: ليس معنى القصاص هو استيفاء مقادير أجزاء المقتول من القاتل، بدلالة أن الكبير مقتولٌ بالصغير، وإنما هو إتلاف نفس القاتل بالمقتول، فيجب أن يتلف نفسه، ونكتة الباب أن كل /٢١٧/ واحدٍ منهم قاتلٌ تلك النفس؛ لأن النفس لا تتبعض في الإتلاف.

فأما ما ذهب إليه الناصر، فلا معنى له؛ لأنَّه أوجب قتل واحدٍ منهم، ولا شك أن قتله واجبٌ بجنايته، فكيف يجوز أن يستحق القتل بجنايته، ومن شاركه فيها لا يستحق، فصار قوله بعيداً فاسداً، ويقال له[1]: إنَّه إذا جاز قتل واحدٍ منهم لقتله النفس، فكذلك الباقون لقتل كل واحد منهم النفس.

وأما إيجاب الديات في العامدين بعدد القاتلين، فقد مضى القول فيه، ويمكن أن يستدل عليه بقوله - عز وجل -: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ..﴾ الآية (المائدة: ٣٢)، فكما[2] أن خمسة لو اجتمعوا على قتل خمسة، لزم كل واحد منهم دية، فكذلك لو اجتمعوا على قتل واحدٍ لزم كل واحدٍ منهم دية على ما رتبناه وبيناه في الاقتصاص من الجماعة لواحد، وأما في الخطأ، فلا خلاف أن الدية الواحدة هي الواجبة يشتركون فيها.

---

(١) سقط من (أ): له.
(٢) في (ب): وكما.

مسألة: في الخيار بين القصاص أو الدية في جناية العمد

قال: وكل من قتل، أو جرح عمداً، فولي الدم بالخيار، إن شاء طالب بالقود، وإن شاء طالب بالدية، وإن تصالحا على شيء دون الدية، أو فوقها، أو تراضيا به، كان ذلك جائزاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

ما ذهبنا إليه في الخيار به قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس لولي الدم إلاَّ القصاص، أو العفو[٢] ولا سبيل له إلى الدية إلا برضا القاتل، ورتب أصحاب الشافعي قوله على وجهين: أحدهما ما ذكرناه، والثاني أن الواجب هو القود، ثُمَّ ينتقل إلى المال بالعفو عن القود، واختيار المال.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «في النفس مائة من الإبل» والألف واللام إذا لم يكونا للعهد، كانا للجنس، فكأنه قال في كل نفس مائة من الإبل، وذلك يتناول العمد والخطأ، ووجوب القود قد ثبت بالإجماع، وبقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾(البقرة:١٧٨) وقوله: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾(المائدة: ٤٥)، وما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «العمد قود» وكان الواجب أن يثبتا جميعاً على طريق الجمع، لكن أجمع المسلمون على خلاف ذلك، فأثبتناهما على طريق التخيير، ويدل على ذلك ما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من قُتل له قتيل، فأهله بين خيرتين، إن أحبوا أخذوا الدية، وإن أحبوا قتلوا» وهذا نص فيما ذهبنا إليه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل الخيار في ذلك إلى ولي الدم، وروي أيضاً عن أبي شريح الخزاعي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «من أصيب بقتل، أو خبل، فأهله[٣] بخيار

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩١ - ٢٩٢، والمنتخب: ٣٨٣.

(٢) في (ب): القود.

(٣) في (ب): فإنه.

إحدى ثلاث: إما أن يقتص، أو يعفو، وإما أن يأخذ الدية»[١]. ساوى بين القتل والخبل الجراح[٢]، فدل على ما ذهبنا إليه في القتل والجراح جميعاً نصاً، ويدل على ذلك قول الله - عز وجل - بعد ذكر القصاص وإيجابه: ﴿فَمَن عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيْهِ شَيْءٌ﴾ الآية (البقرة ١٧٨)، فعين أن بعد العفو مالاً يجب[٣]، وذلك الدية بعد العفو عن القصاص ، وهو نص ما ذهبنا إليه، وقوله: ﴿ذَلِكَ /٢١٨/ تَخْفِيفٌ مِن رَبِّكُمْ﴾ معناه على ما روي أن بني إسرائيل لم يكن فيهم إلاَّ القصاص، فسهَّل الله على هذه الأمة بما شرع لهم من العدول عن القصاص إلى الدية.

فإن قيل: العفو في اللغة يستعمل في التسهيل والتخفيف، كما قال الله - عز وجل-: ﴿خُذِ الْعَفْوَ﴾(الأعراف: ١٩٩)، ولقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «وآخر الوقت عفو الله»[٤]. وإذا كان ذلك كذلك، فالمراد بقوله: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ أي عفا القاتل، وسهل، وسمح ببذل الدية.

قيل له: هذا وإن كان مستعملاً في اللغة، فهو ضرب من التوسع؛ لأن الحقيقة في العفو إنَّما هو إسقاط حق قد وجب، وذلك لا يصح متى حمل على الحقيقة في القصاص - على ما بيناه - وروي عن ابن عباس، قال: لم يكن في بني إسرائيل غير القصاص ولم تكن فيهم الدية، قال ابن عباس: فالعفو أن يقبل الولي الدية في العمد ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾(البقرة:١٧٨) قال: عليه أن يتبع بالمعروف، وعلى هذا أن يؤدي بإحسان، فقد صرح أن العفو من قِبل ولي الدم على ما يقتضيه العرف واللغة، دون ما يدعيه الخصم من أن العفو من القاتل بأن يبذل الدية، ويسمح بها، ويوضح ما ذهبنا إليه قول الله - عز وجل -: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ..﴾(البقرة: ١٧٨) ولم يقل الكل، فدل على أن العفو تناول بعض ما وجب،

(١) أخرجه البيهقي ٥٢/٨، وأبو داود ١٦٩/٤، وابن ماجة ٨٧٦/٢، وابن أبي شيبة ٤٦٣/٥.

(٢) كذا .

(٣) في (ب): الآية أن بعد مالاً يجب.

(٤) أخرجه البيهقي ٤٣٦/١، عن علي - عليه السلام - ، والدارقطني ٢٤٩/١، عن جرير بن عبد الله، وعن أبي محذورة.

فبان بذلك أن القصاص والدية كانا واجبين على طريق التخيير، فلما عفي عن شيء منه - والمراد عن بعض منه وهو القصاص - طالب بالحق الآخر.

فإن قيل: قد ثبت أن للنفس مثلاً يستحقه الولي في القصاص، فوجب أن يكون القصاص هو الواجب بقوله: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾(البقرة ١٩٤).

قيل له: هذا يدل على وجوب القصاص، ونحن لا نأبى ذلك، بل نقول به، لكنه لا يمنع وجوب الدية مع طريق التخيير إذا دلت الدلالة عليه، وقد أقمنا عليه الدلالة، فما تنكر منه؟

فإن قيل: لا خلاف أن من استهلك ماله، كان المثل هو الواجب دون القيمة، فوجب أن يكون المستحق بالقتل هو القود لا غير، وألا ننتقل إلى القيمة إلاَّ بالتراضي.

قيل له: هذا فاسدٌ بالإجماع؛ لأن النفس ليست من ذوات الأمثال، دليله أن من غصب عبداً، فتلف على يده، ليس يلزمه مثله، وإنما يلزمه قيمته، وأيضاً لو كان المستحق بالقتل هو القود كما تقول في ذوات الأمثال، لوجب[1] أن يستوي فيه العمد والخطأ؛ لأن من استهلك شيئاً لغيره من ذوات الأمثال، فالواجب مثله، سواء استهلكه عمداً، أو خطأ، وأيضاً لو روعي فيه ما يراعى في ذوات الأمثال، لوجب أن تراعى فيه صفات المقتول والمأخوذ قوداً ، كالصغر، والكبر، والحسن، والقبح، والطول، والقصر، وما جرى مجرى ذلك، فلما لم يراعَ فيه شيء من ذلك، عُلم بطلان ما ذهبوا إليه من حديث المثل، وما يجب فيه، على أنا قد بينا أن وجوب القصاص فيه كوجوب الدية، فلا وجه لهذا /٢١٩/ القول، وهو قول من قال[2]: إن الرجوع إلى الدية هو برضا القاتل.

فإن قيل: فقد روي في بعض الأخبار «إما أن يقتل، وإما أن يفادي»[3]. والمفادى يكون بين الاثنين.

---

(١) في (أ):فوجب.
(٢) في (ب): فلا وجه لقول من قال.
(٣) أخرجه البيهقي ٥٣/٨، وابن أبي شيبة ٤٠٦/٧ عن أبي هريرة.

قيل له: نحن لا ننكر ذلك، ومعناه الصلح، وعندنا أنَّه إن شاء قتل، وإن شاء أخذ الدية، وإن شاء رضي بالمفاداة، وهي المصالحة على القليل أو الكثير، فكل واحد من ذلك يثبت فيما[١] ورد من الشرع به، على أنَّه لا خلاف أن دخول العفو في بعض الدم ينقل الباقي إلى الدية، من غير اعتبار مراضاة القاتل، فدل ذلك على أن سقوط القود يوجب العدول إلى الدية، يبين ذلك أن الآمة والجائفة لَّما لم يصح فيهما القود، كان الواجب هو الدية، وكذلك إذا قتل الأب ابنه، وعلى مذهبنا إذا قتل المسلمُ الكافر، والحرُ العبدَ، فأما الصلح - بما قل، أو كثر - فلا خلاف في صحته بين المسلمين - عن عمد وقع، أو خطأ - وقد دل على ذلك في العمد ما روي «إما أن يقتل، وإما أن يفادي».والمراد به الصلح، وأمر التغليظ عندنا أيضاً محمول على التراضي والمصالحة.

مسألة: في تقديم قود الجراحات على قود القتل

قال: ولو أن رجلاً فقأ عين واحد، وقطع يد آخر، أو رجله، وجدع أنف آخر، ثُمَّ قتل رجلاً، اقتص منه لكل واحد من هؤلاء، ثُمَّ أقيد بالمقتول.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

وذلك أنَّه جنى على كل واحد منهم جناية يجب[٣] فيها القصاص، فوجب أن يقتص منه لكل واحد منهم[٤]، ثُمَّ وجب أن يقاد منه للأخير الذي قتله؛ ليكون قد استوفي لكل ذي حق حقه من القصاص، إذ هو واجب، وليس فيه ما يمنع فعله حكماً، ولا تعذراً.

مسألة: في عفو بعض أولياء الدم

قال: ولو أن رجلاً قتل رجلاً عمداً، ثُمَّ عفا عنه بعض أولياء الدم، سقط عنه

(١) في (أ): مما .
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٨.
(٣) في (أ): وجب.
(٤) سقط من (ب): لكل واحد منهم.

القتل، وطولب بالدية كملاً[١]، وإن كان الذي عفا عنه أسقط عنه نصيبه من الدية، سقط، وطالبه الباقون بحصصهم من الدية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٢].

إذا عفا بعض أولياء الدم، وأسقط القود، فلا خلاف أن القود يسقط بواحدة، وأن حق الباقين ينتقل إلى الدية؛ لأن القود لا يتبعض، فإذا دخل العفو في بعض الدم، دخل في باقيه.

وقلنا: إن نصيب من عفا لا يُسقط الدية؛ لأن الواجب كان أحد شيئين على ما بيناه: القود، أو الدية، فعدوله عن القود، وإسقاطه إياه، لا يوجب سقوط نصيبه من الدية، ولا وجه لما حكى من أحد قولي الشافعي إن العفو عن الدم يسقط الدية إن لم يختر الدية حين العفو عن القود؛ لما بيناه من أن القود والدية جميعاً واجبان على طريق التخيير، وأيضاً لو كان سقوط القود يوجب سقوط الدية، لوجب أن تسقط الدية رأساً، كما يسقط القود رأساً، فلما ثبت أن القود يسقط بعفو الواحد من الأولياء، وتبقى حصص الباقين من الدية، وصح أن سقوط القود لا يوجب سقوط الدية، فوجب ألا يسقط نصيب الذي عفَا عن القود من الدية، كما لم يسقط نصيب الباقين، إلاَّ أن يكون /٢٢٠/ أيضاً أسقط نصيبه من الدية، ونكتة هذا الباب[٣] أن سقوط القود لا يوجب سقوط الدية، ويكشف بالآمة، والجائفة، والمنقلة؛ لأن القود ساقط في جميع ذلك، ولم يجب أن تسقط ديتها.

مسألة: في الرجل يُقتل وله أولاد صغار

قال: وإذا قتل الرجل وله أولاد صغار، انتظر بلوغهم، ثُمَّ إن شؤاوا عفوا، وأخذوا الدية، وإن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا أسقطوا عنه الدية والقتل جميعاً.

---

(١) في (أ): كاملاً. ونبه على: كملاً.

(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٤. والمنتخب: ٣٩٢.

(٣) في (أ): ونكتة الباب.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

لم ينص يحيى - عليه السلام - على حكم من قتل وله أولاد صغار وكبار، إلاَّ أن عموم قوله: «وله أولاد صغار، انتظر بلوغهم» يوجب الانتظار، سواء كان له ولدٌ بالغٌ، أو لم يكن، وهذا الأحرى على مذهبه، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأظنه قول الشافعي، ورواه[٢] يحيى بلفظه هذا[٣] عن القاسم - عليهما السلام - قال أبو حنيفة: للبالغ أن يقتص.

ووجه هذا القول: أنَّه لا خلاف فيمن قُتل وله أولادٌ غُيَّب وحُضَّر، أنَّه لا يقتله الحضَّر حتَّى يحضر الغُيَّب، وكذلك الكبار والصغار، والعلة أن في أخذهم القود تفويتاً لحقوق الباقين.

فإن قيل: فقد روي أن الحسن بن علي - عليهما السلام - قتل ابن ملجم، وكان لعلي أولاد صغار.

قيل له: عندنا أنَّه مقتول على الردة، بدلالة قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لعلي: «يا علي، أشقى الأولين عاقر الناقة ، وأشقى الآخرين قاتلك»[٤]. ولا يجوز أن يكون أشقى الآخرين إلاَّ الكافر، فثبتت الردة بهذه الدلالة.

فإن قيل: فلم[٥] انتظر به موت علي؟

قيل له: لا يمتنع أن يكون موته - عليه السلام - هو الدال أو الموجب لردته، لأنَّه

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٠.

(٢) في (أ) و(ب): فرواه ، وظنن في (ب) على: (ورواه).

(٣) سقط من (ب): هذا.

(٤) أخرجه الطبراني في الكبير ٣٨/٨، وأبو يعلى ٣٧٧/١ عن صهيب بلفظ : أتدري من أشقى الأولين، قلت : عاقر الناقة ، قال فمن أشقى الآخرين؟ قلت: لا علم لي يا رسول الله، فقال : من يخضب هذه من هذه ، وأخرجه البزار ٢٥٤/٤ عن عمار بلفظ: أشقى الأولين عاقر ناقة ثمود وأشقى الآخرين لمن يضربك.

(٥) في (ب): لم.

لا يكون قاتلاً حتَّى يموت المجروح، والنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل ذلك الحكم لقاتله.

فإن قيل: لما كان الصغير ممن يولى عليه، جاز للولي أن يزوجه إذ[1] كان النكاح مما لا يتبعض.

قيل له: هذا منتقض بالطلاق، لأن[2] الولي لا يطلق عليه، على أن أبا حنيفة لا يعتبر فيه الولي؛ لأن قوله إن للوارث الكبير أن يقتص أي وارثٍ كان، ولو كان من ذوي الأرحام.

قال: وكذلك إن عفا بعضهم بعد البلوغ، سقط القود، وقد بينا ذلك فيما تقدم، وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

مسألة: فيمن سقى صبياً سماً

قال: ولو أن إنساناً سقى صبياً سماً عمداً، فمات، قتل به.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4].

وذلك أن السم يقصد القتل به، كما يقصد بالسيف، وربما كان السم أوحى، فإذا حصل قاتلاً، ففيه القود؛ لقوله الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ (البقرة: ١٧٨)، وهذا إذا سقاه بيده، أو جعله في طعام، وصيَّره في فيه، فأما إن جعله في طعام أو شراب[5] وخلى بينه وبين الصبي حتَّى يتناوله باختياره، فالأقرب أنَّه يلزمه الدية دون القود؛ لأنَّه لم يباشر القتل بنفسه، كمن حفر بئراً في طريق من طرق المسلمين، وإن كان قصده أن يعنت فيه عانتٌ، فوقع فيه إنسانٌ: أنَّه /٢٢١/ يلزمهُ الدية دون القود، وهذا وما ذكره في إيجاب القود بالخنق يكشف أن مذهبه إيجاب

---

(١) في (أ): إذا .

(٢) في (أ): بالطلاق و لأن.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٣١٠.

(٤) انظر: المنتخب ٢٨٤.

(٥) في (أ): طعام وشراب.

القصاص إذا قتل[١] بكل شيء الغالب منه أنَّه يقتل، وبه قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، قال أبو حنيفة: لا قود إلاَّ أن يقتل بالسيف، أو الحديد، أو ما يَعمل بعملهما، وهذا غير صحيح.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله - عز وجل -: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِيْ الْقَتْلَى﴾(البقرة ١٧٨)، وقوله: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيْهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ..﴾ الآية (المائدة ٤٥)، وقول رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «العمد قودٌ» ، وما روي أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - خطب يوم فتح مكة فقال: «ألا ومن قتل قتيلاً، فوليه بخير النظرين، بين أن يقتص منه[٢] أو يأخذ الدية» إلى غير ذلك من السنن الواردة في هذا الباب، فأوجبت هذه الظواهر من الكتاب والسنة القصاص لكل قتيل وقوله: «العمد قود» أوجب القصاص في كل عمد، فلما أجمعوا على أن المخطئ لا قود عليه، وكذلك من قتل بما لا يُقتل به غالباً أنَّه لا قود عليه، خصصنا ذلك، وبقي ما عداه على حكم القصاص بقضايا هذه الظواهر.

وروى الطحاوي بإسناده، عن قتادة، عن أنس أن يهودياً رضخ رأس جارية بين حجرين فقيل لها: من فعل بك هذا؟ فأشارت إلى اليهودي، فأُتي به، فاعترف، فأمر النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فرُضخ رأسه بين حجرين، فدل ذلك على وجوب القود، وإن لم يكن القتل بالحديد[٣].

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «كل شيء خطأ إلاَّ السيف»[٤].

---

(١) في (ب): قتله.

(٢) سقط من (ب): منه.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ١٧٩. وفيه: لم يذكر قتادة، بل إسناده: (حدثنا إبراهيم بن داود، حدثنا عبد العزيز الأويس، حدثنا إبراهيم بن سعد عن شعبة، عن هشام بن يزيد، عن أنس بن مالك). والحديث الذي فيه قتادة هو (أن يهوديا رضخ صبيا لا جارية).

(٤) أخرجه البيهقي ٤٢/٧، والدارقطني ١٠٦/٣، وابن أبي شيبة ٣٤٨/٥، وعبد الرزاق ٢٧٣/٩ عن النعمان بن بشير.

قيل له: إنكم قد خصصتم هذا بأن قلتم: إنَّ ما يعمل عمله من الحديد، أو الخشب المحدَّد، ففيه القود، وكذلك فيمن أحرق غيره بالنار، فهلاَّ جاز لنا أن نخص منه كل ما عرف من حاله أن يُقتل به غالباً؛ للأدلة الَّتي قدمناها؟

فإن قيل: فقد روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال يوم فتح مكة: «ألا إن قتل الخطأ بالسوط والعصا الدية فيه مغلظة».

قيل له: قد تكلمنا في ضعف هذا الخبر في مسألة شبه العمد بما لا يحتاج إلى إعادته، وأصحاب أبي حنيفة يضعفون ذلك، ولهذا لا يرجع أبو حنيفة في التغليظ إلى مضمونه، وبينا إن صح ذلك، فلا يمتنع أن يكون الغرض بيان جواز الصلح على التغليظ من العمد.

فإن قيل: فقد روي اقتتلت امرأتان من هذيل، فقتلت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – في دية جنينها بُغرَّة، وقضى بديتها على العاقلة.

قيل له: لا يمتنع أن تكون رمتها بحجر لا يقتل مثله، فقتلتها به، فلهذا أوجب الدية، ونحن لا ننكر ذلك، على أنَّه روي أنها ضربتها بعمود فسطاط، وروي أنَّه – صلى الله عليه وآله وسلم – أمر بقتلها مكانها، فمن أمر بقتلها، كان يجوز أن تكون قتلت بما تقتل /٢٢٢/ به غالباً، ومن ألزمت الدية يجوز أن تكون قتلت بما لا يقتل مثله غالباً.

فإن قيل: لما قال: «قتل العمد الخطأ» دل ذلك[١] على أنَّه يضمن العمد إلى القتل.

قيل له: عن هذا جوابان: أحدهما ما[٢] بيناه أنَّه أراد العمد، وإنما قال: الخطأ؛ لأن القاتل لا يبعد ألا يكون له قصدٌ إلى القتل.

والثاني: أن العمد يتضمن عمداً إلى شيء ما، وليس في الخبر ما ذلك الشيء،

---

(١) سقط من (ب): ذلك.
(٢) في (أ): أحدهما أنَّه ما.

فيجوز أن يكون أراد العمد إلى الضرب فرقاً بينه وبين أن يقصد غيره فيصيبه، فإن ذلك لا يكون عمداً إلى الضرب، ولا إلى القتل، وأيضاً لا خلاف أن من قتل بما له حد، أو أحرق حتى قتل، فإنه يقاد منه[1]، فكذلك[2] ما اختلفنا فيه، والعلة أنَّه مما يقتل به غالباً، وأيضاً قد علمنا أن أصحاب الحروب يعدون الحجر كالسلاح في أنهم يحاولون القتل به، وكذلك الأتراك يقاتلون في الحروب بالأعمدة ويسمونها اللتوت، فقد بان أن هذه الأشياء قائمة مقام السيف، ومنها أيضاً ما هو أنكى من السيوف إذا ضرب به، فصح أن الاعتبار إنَّما هو بما يَقتل غالباً؛ لأن ذلك يسمى قتالاً كما يسمى القتال بالسيف[3] قتالاً.

فإن قيل: فقد روي «لا قود إلاَّ بالسيف»[4].

قيل له: كذلك نقول، ولا نوجب أن يستقاد إلاَّ بالسيف، والنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقل لا قود إلاَّ من السيف، (وإنما قال: «لا قود إلاَّ بالسيف»)[5].

مسألة: في الرجوع عن الشهادة بعد القود

قال: ولو أن جماعة شهدوا على رجلٍ[6] عند الإمام بأمرٍ يوجب قتله، فقتله الإمام بشهادتهم، ثُمَّ أقروا أنهم كذبوا في شهادتهم، وتعمدوا قتل الرجل، قتلوا[7] جميعاً، وكذلك إن أقر بعضهم، قتل المقر منهم، إلاَّ أن يشاء ولي الدم أن يأخذ دية كاملة من كل من أقرَّ منهم، فله ذلك، فإن قالوا: شهدنا غلطاً، ولم نتعمد، لم يلزمهم إلاَّ دية واحدة.

---

(١) في (ب): أنَّه يقاد به.

(٢) في (أ): كذلك.

(٣) سقط من (ب): بالسيف.

(٤) أخرجه البيهقي ٦٣/٨، والدارقطني ٨٧/٣، والبزار ١١٥/٩، وابن ماجة ٨٨٩/٢ عن النعمان بن بشير وأبي هريرة وأبي بكرة.

(٥) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٦) سقط من (ب): على رجل.

(٧) في (أ): الرجل بها قتلوا.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وهذا قد مضى الكلام في مثله في مسألة شهود الزنى والإحصان إذا رجعوا بعد الرجم مع اعتراف العمد[٢]، أو الخطأ، وإيجاب الدية الكاملة على كل من قتل عمداً، وإن كانوا جماعة، قد مضى الكلام فيه، فلا وجه لإعادته، والله أعلم.

مسألة: في من قتل خنقاً

قال: ولو أن رجلاً خنق رجلاً بيده، أو بحبل، أو وترٍ حتَّى قتله، كان عليه القود.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣]. وبه قال الشافعي.

والأصل فيه: ما بيناه فيما مضى من أن القود يجب فيما يُقتل به غالباً، وقد ثبت أن الخنق يقتل به كما يقتل بالسيف، فوجب أن يكون حكمُه حكمَه، والظواهر الَّتِي توجب القصاص يمكن أن نتعلق بها لإيجاب القصاص من الخنق.

مسألة: في المثلة

قال: ولو أن رجلاً قتل رجلاً عمداً بسهم رماه، أو جرح جرحه، أو ضربة ضربه بها، كان الواجب لأولياء الدم أن يضربوا عنقه، ولم يكن لهم أن يفعلوا به ما فعل هو بصاحبهم.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤]، (وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: يفعل به ما فعل هو بمن قتله.

والدليل)[٥] على صحة ما قلناه: قوله صلى الله /٢٢٣/ عليه وآله وسلم: «لا قود

(١) انظر: المنتخب ٣٩٣ - ٣٩٤.
(٢) في (أ): مع العمد.
(٣) انظر: المنتخب ٣٩٦.
(٤) انظر: المنتخب ٣٩٠.
(٥) سقط ما بين القوسين من (ب).

إلاَّ بالسيف».وروي: «لا قود إلاَّ بحديدة»[١]. فمنع – صلى الله عليه وآله وسلم – القود إلاَّ بحديدة، وروى عنه «إذا ذبحتم، فأحسنوا الذبح، وإذا قتلتم، فأحسنوا القتل» والمراد به التوجيه، ونهى – صلى الله عليه وآله وسلم – عن المثلة، وقال: «لا تمثلوا بآدمي، ولا بهيمة»[٢]. ونهى أن يجعل ذو الروح غرضاً، وكل ذلك مما يجوز أن يتفق مثله من القاتل، وقد نُهينا عن فعله، فعلم أن القود يجب أن يكون بضرب العنق؛ لأنَّه أوحى للقتل، وأقله تعذيباً.

فإن قيل: فقد قال الله – عز وجل –: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾(الشورى: ٤٠).

قيل له: ما نهى عنه – صلى الله عليه وآله وسلم – صار مخصوصاً من الآية، وعلى هذا يجب إن سألوا عن قوله: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾(البقرة: ١٩٤).

فإن قيل: فقد روي أن[٣] رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – أمر باليهودي الذي كان رضخ رأس الجارية بين الحجرين فماتت، أن يُرضخ رأسه بين حجرين حتَّى مات.

قيل له: يجوز أن يكون فعل ذلك قبل نسخ المثلة، كما فعل بالعُرنيين من سمل الأعين، والطرح لهم في الشمس إلى أن ماتوا، ثُمَّ نسخ ذلك، ودل على نسخه الأخبار الَّتِي قدمناها، ولا خلاف أن[٤] من قتل بالسيف، فقوده بالسيف، كذلك من قتل بغيره، والعلة أنَّه قود، ويقال لهم: لا يخلو من أن يكون القاتل استحق عليه القتل فقط، أو يكون استحق عليه أن يفعل به مثل ما فعل هو بالقتيل، أو يكون استحق الجميع، ولا يجوز أن يكون استحق[٥] ذلك مع القتل؛ لأنَّه يكون فعل به أكثر مما فعل

---

(١) أخرجه الدارقطني ٨٧/٣ عن علي – رضي الله عنه – والطيالسي ١٠٨/١ عن النعمان بن بشير – رضي الله عنه –.

(٢) أخرجه البيهقي ٩٠/٩ عن علي – عليه السلام –.

(٣) في (ب): أنَّه.

(٤) في (أ): ولا خلاف في أنَّ.

(٥) في (ب): أن يستحق.

بصاحبه؛ لأنَّه إذا كان قطع يداً من رجلٍ[١] فمات من ذلك، لو استحق أن يقطع يده، ثُمَّ إذا لم يمت استحق القتل بالسيف، كان قد استحق أكثر مما فعل، وهذا مما لا يجوز؛ ألا ترى أنَّه لا خلاف بين المسلمين أن الآمة والجائفة لا قصاص فيهما؛ إذ لا يؤمن أن يلحق الجاني أكثر مما يستحقه بفعله من الألم؟ ولا يجوز أن يكون الذي استحقه هو[٢] أن يفعل به ما فعل؛ لوجهين:

أحدهما: أنَّه قد لا يكون مضبوطاً مقداره على التحقيق، فلا يجوز أن يستحق، كما لا يجوز أن يستحق القصاص في الآمة والجائفة وسائر الجراحات الَّتِي هي غير الموضحة، والإبانة من المفصل.

[الثاني]: [٣] ولأنه لو كان هو المستحق، لوجب أن يقتصر عليه - مات منه، أو لم يمت - فلما ثبت فساد قول من يقول: إنَّه استحق هذين، ثبت أنَّه لم يستحق إلاَّ القتل فقط، وكان أوحى القتل ضرب العنق، فوجب أن يكون هو المستحَق، وألا يُتجاوز إلى ما سواه، وأيضاً لا خلاف أن من أوجر غيره خمراً حتَّى قتله لا يجوز أن يوجر خمراً حتَّى يقتل، ووجب أن تضرب عنقه بالسيف، كذلك من قتل بغير ذلك، والمعنى أنَّه /٢٢٤/ قود، وهذا ينقض تعليلهم: لأنَّه يجب أن يُفعل به ما فعل هو بالقتيل، وأيضاً هو قتل مستحق بالشرع، فوجب ألا يستوفى مع التمكن من سواه، بالإحراق، أو التغريق، والخنق، دليله قتل المرتد، والزاني المحصن، وإذا بطل ذلك، بطل استيفاؤه بغير السيف، وضرب العنق.

مسألة: في الاقتصاص من اللطمة

قال: ولو أن رجلاً لطم رجلاً لطمة، اقتصَّ له[٤] منه بلطمته، إلاَّ أن تكون وقعت في العين، أو في موضع مخوف منه التلف، فإنه لا يقتص منه.

---

(١) في (ب): يداً ورجل. وظنن: يد رجُل.
(٢) سقطت من (أ): هو.
(٣) لم يحدد المؤلف الوجه الثاني، ولعله أراد به ما أوضحناه بين المعكوفين.
(٤) سقط من (أ): له.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

والوجه في ذلك ما قدمناه في الجروح من أَنَّهُ يقتص منها ما أمكن ضبطه، ومعرفة قدره، ولم يكن معه خشية التلف، ولا يُقتص منها ما خالف ذلك.

مسألة: في قتل الوالد بالولد والعكس

قال: ولو أن رجلاً قتل ابنه، لم يقتل به، فإن قتل الابن أباه، قتل به.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٢]، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وعامة العلماء.

قال مالك: إن حذفه بالسيف فقتله، لم يقتل به، وإن ذبحه، قتل به.

والأصل في هذا: حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أَنَّه قال: «لا يقتل والدٌ بولده»[٣]. وهذا نصٌّ فيما ذهبنا إليه، ولم يعتبر وجوه القتل، فوجب ألاَّ يقتل به على حال من الأحوال.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يقتص ولد من والده، ولا عبدٌ من سيده»[٤]. فلما منع الولد من الاقتصاص من والده، علم أَنَّه لا قصاص على الوالد لولده؛ لأَنَّه لو كان عليه قصاص، كان يجوز أن يقتص هو إذا جنى عليه جناية توجب القصاص.

وروي أن رجلاً جرى بينه وبين امرأته كلام، فاعترض له ابنه ، فحذفه بسيفه، فقطعه اثنين فرفع ذلك إلى عمر فلم يقتله، وأخبر أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم

---

(١) انظر: المنتخب ٣٩١.

(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٣٨، ٣٠٣، والمنتخب: ٣٨٨، ٤٠٢.

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/١٤٠، وأحمد ١/٤٩، وابن أبي شيبة ٥/٤٥٠.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الحدود، باب الديات.

- قال: «لا يقتل والد بولده»[١]. وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «أنت ومالك لأبيك» فوجب أن يكون ذلك شبهة يدرأ بها القصاص، كما أن الشبهة يدرأ بها القطع، وأيضاً أضافه - صلى الله عليه وآله وسلم - إلى أبيه إضافة الملك، فيجب أن ينتفي القود، كما انتفى القود عن المولى إذا قتل عبده، ولا خلاف أن قتله إياه بالسيف بحذفه به لا قصاص فيه، كذلك إذا ذبحه، والمعنى أنَّه إن قتل ابنه، فيجب ألا يقتص له، وإن شئت قست الذبح على القتل بالحذف بالسيف، كالعبد لما كان قتله بالحذف بالسيف لا يوجب قصاصاً، لم يوجب الذبح، يوضح ذلك أنا وجدناهما - أعنِ القتل بالحذف بالسيف، والذبح - لا فرق بينهما في العمد في الأجانب، فوجب ألا يكون بينهما فرق في الولد والوالد.

فإن قيل: الأب جُعل له تأديب ابنه، وقد يحذفه بالسيف تأديباً، وليس كذلك الذبح.

قيل له: ليس لأحد أن يؤدب من جعل إليه تأديبه بالحذف /٢٢٥/ بالسيف، فهذا مما لا معنى له، على أنَّه إذا لم يُقتل إذا قتل ابنه بسيفٍ حذفه به، لم يخلُ ذلك من أن يكون لحال يرجع إلى الفاعل، أو لحالٍ يرجع إلى الفعل الذي هو القتل، فإن كان لحالٍ يرجع إلى القاتل، وهو حرمة الولادة، فيجب ألا يُقتل، وإن ذبحه، وإن كان الحال يرجع إلى القتل، فكل من قتل على ذلك الوجه، يجب أن ينتفي عنه القود، فلما لم يجب انتفاء القود عن كل من قتل على ذلك الوجه، وجب أن يكون ذلك لحالٍ يرجع إلى القاتل، وهي حرمة الولادة، فوجب ألا يقتل الأب على أي وجهٍ قتل ابنه.

فإن قيل: لم يقتل لشبهة في الفعل، وهي شبهة التأديب.

قيل له: فالحاكم يجب ألا يقاد منه[٢] إذا حذف غيره بسيف، فقطعه نصفين بشبهه التأديب؛ لأن حال الحاكم في باب التأديب أقوى من حال الأب.

---

(١) أخرجه البيهقي ٧٢/٨، والدارقطني ١٤٠/٣.

(٢) سقط من (ب): منه.

فأما الابن، فلا خلاف في أنَّه إذا قتل أباه، قُتل به.

قال: وعلى الأب إذا قتل ابنه عمداً الدية يسلمها إلى سائر ورثته، و لم يرث هو منها شيئاً، ولا من سائر إرثه.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١].

هذه الدية لا خلاف أن العاقلة لا تحملها؛ لأنها دية عمد، وكل عمد سقط فيه القود، ولزمت الدية، كانت الدية في مال القاتل، وهي لسائرٍ ورثته دونه؛ لأن قاتل العمد لا يرث المقتول من ديته كما لا يرث من ماله، لا خلاف فيه.

مسألة: في الجماعة يقتلون رجلاً فيُعفى عن بعضهم

قال: ولو أن جماعة قتلوا رجلاً عمداً، فعفا ولي الدم عن بعضهم، لم يكن له أن يقتل الباقين، وله[٢] أن يأخذ من كل واحدٍ من الباقين ديةً ديةً.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

وعند الشافعي وأبي حنيفة: له أن يقتل الباقين.

ووجهه: أن دم القتيل قد دخله العفو، فوجب أن يبطل القود بعده، كما أن واحداً من الورثة لو عفا عن نصيبه من القاتل، بطل القود بعده لدخول العفو فيه.

فإن قيل: العلة في ذلك أن دم المقتول قود، فلا يصح تبعيضه، فإذا دخله العفو، سقط القود.

قيل له: لا يمتنع أن يكون ما ذكرتم علة؛ إلاَّ أنها لا[٤] تمنع صحة علتنا، فنقول بالعلتين جميعاً، ويوضح ذلك أنَّه لا بد من اعتبار حال دم المقتول أولاً؛ ألا ترى أنه

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٣٠٣.
(٢) في (أ): فله.
(٣) انظر: المنتخب ٣٩٣، ٣٩٥.
(٤) سقط من (أ): لا.

إذا دخلته شبهة، أو بعضه، سقط القود إذا كان القاتل حراً مسلماً[١]؟ فبان بذلك صحة علتنا.

فأما إيجاب أن يأخذ من كل واحد منهم دية، فقد مضى وجهه.

قال: فإن قتل بعضهم، ثُمَّ عفا عن الباقين، صح ذلك، وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

وهذا ما لا خلاف فيه؛ ولأن القتل لم يقع بعد العفو، فلم يكن فيه قود، و لم يكن فيه تعدٍ، و لم يكن قود عن دم دخله العفو، فصح ذلك.

مسألة: في ادعاء الولي أن القتل خطأ والجاني ينكر

قال: وإذا ادعى أولياء الدم على رجلٍ أنَّه قتل قتيلهم خطأ، وقال المدعَى عليه: بل قتلته عمداً، فلا قود فيه، ولا دية إلاَّ أن يصدقوه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

وذلك أن ما ادعاه ولي الدم من قتل الخطأ ينكره المدعى عليه، و لم يجب أن تلزمه دعوى المدعي، وما أقر به المدعى عليه قد دفعه ولي الدم، فسقط إقراره، فلم يجب أن يثبت شيء من ذلك.

فإن /٢٢٦/ قيل: إنَّه إذا أقر بالعمد، فقد أقر بلزومه الدية إن اختار ولي الدم على أصولكم، وولي الدم قد ادعى عليه الدية بادعاء الخطأ، فقد اتفقا على وجوب الدية.

قيل له: إن ولي الدم حين دفع إقراره بقتل العمد، أبطل[٤] كل حكم يتعلق به، وإنما ادعى عليه دعوى مستأنفة لم يقر الخصم بها، فلم يجب على هذا ثبوت الدية،

---

(١) كذا.

(٢) انظر: المنتخب ٣٩٥.

(٣) انظر: المنتخب ٤٠١.

(٤) في (ب): بطل.

على أن دية العمد حكمها مخالف لحكم دية[1] الخطأ؛ لأن دية الخطأ تلزم العاقلة، ودية العمد في مال القاتل، ودية الخطأ تؤخذ في ثلاث سنين، ودية العمد حالَّة، فلما اختلفت أحكامهما، لم يكن ما أثبته أحدهما نفسَ ما أثبته الآخر، فلم يجب ثبوت شيء منه.

فإن قيل: قد ثبت القتل باتفاقهما، فأقل ما فيه يوجب الدية[2].

قيل له: الذي ثبت هو القتل، وكلامنا في موجَب القتل، وقد اختلفوا فيه، فلم يستقر الموجَب، ولم يجب إلزام الدية؛ لأنها من موجب القتل الذي لم يستقر؛ لأن القتل قد يكون ولا يجب له قود، ولا دية، فأما إذا صدقوه، ثبت العمد، ووجب القود.

مسألة: في القاتل يقتله غير ولي الدم

قال: ولو أن رجلاً قتل رجلاً، فجاء آخر فقتل القاتل بغير إذن ولي الدم، كان ولي دم القتيل الثاني بالخيار، إن شاء قتل قاتله، وإن شاء أخذ الدية، فإن أخذ ديته، ردها إلى أولياء القتيل الأول.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

وذلك أن القاتل الثاني قاتل عمد، فيجب أن يثبت حقه على ما مضى من أن فوات القصاص يوجب استقرار الدية، فإن كان المقتول الثاني خلف مالاً يفي بالدية، حكم بالدية في ماله، وإن لم يكن له مالٌ، واختار وليه قَتْلَ قاتله، كان له ذلك، ولم يكن لولي القتيل الأول استيفاء ديته؛ لأنَّه يكون بمنزلة من قتل غيره عمداً، ثُمَّ مات فقيراً قبل أن يُقتص منه، فيبطل حق ولي المقتول الأول من الدية والقود جميعاً، لتعذر استيفاء واحد منهما، فإن اختار ولي المقتول الثاني الدية، حكم له بها، ووجب تسليمها إلى ولي القتيل الأول؛ لأن الدية إذا حصلت، صارت بمنزلة ميراثٍ تركه؛ ألا ترى أنَّها تقسم على حسب المواريث؟

---

(١) في (ب): مخالف لدية.

(٢) في (ب): فيه أن تثبت الدية.

(٣) انظر: المنتخب ٣٩٣.

فإن قيل: إذا لم يكن للقتيل الثاني وفاء بالدية، فما أنكرتم ألا يكون لوليه قتل قاتله، بل يلزمه أخذ الدية ليوفي دية القتيل الأول؟.

قيل له: لأنَّه مخير بين القود والدية، ولا يَبطل حقه من الخيار لحق يلزم في مال قتيله؛ لأنه لا سبيل إلى إبطال حقه ليثبت حق غيره؛ ولأن حقه ثابتٌ في الخيار بين القود والدية، وحق القتيل الأول غير ثابت إلاَّ أن يحصل المال، ولا نبطل حقاً ثابتاً بسبب حق غير ثابت، يكشف ذلك أن من باع داراً لها شفيع، واشترط البائع لنفسه خياراً، لا يبطل حقه[1] الثابت من الخيار ليثبت حقاً لم /٢٢٧/ يثبت بعد للشفيع، وهذا واضح، ونظائره كثيرة.

مسألة: في عفو أحد الأولياء واقتصاص الآخر

قال: وإذا قتل الرجل وله وليان، وعفا عنه أحدهما، وقتله الآخر، لزمه القود إن كان علم بعفو صاحبه، وإن كان لم يعلم بعفوه حتَّى قتله، لزمه من الدية بقسطه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2].

حكى لي من أثق[3] بحكايته من أصحاب أبي حنيفة أن مذهبه يلزمه القود إن كان علم بعفو صاحبه، وعلم أنَّه ليس له أن يقتله مع عفو صاحبه، ثُمَّ قتله، فالأقرب أن يكون هذا مذهبنا بأن القود يجب بحصول هذين العلمين، فإن يحيى - عليه السلام - يعتبر حصول العلم في درء الشبهات.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنَّه لا حق له في دم القاتل، وإنما له عليه نصيبه من الدية، وإذا قتله والحال هذه، وهو عالمٌ بها، فهو بمنزلة من قتل أجنبياً له عليه دين، ولا شبهة عليه في استباحة قتله، في أنَّه يلزمه القود، وذلك أن الدم لا شبهة فيه، وهو نفسه لا شبهة عليه فيه، فصار القتل عمداً محضاً، ويمكن أن يقاس على من قتل خطأً في أن ولي المقتول متى قتله مع العلم بأن قتله كان خطأً يلزمه القود؛ لأنه تعدى في قتله من غير

---

(١) سقط من (ب): حقه.
(٢) انظر: المنتخب ٣٩٤.
(٣) في (ب): من وثقت.

شبهة في الدم، أو شبهة على المتعدي، فأما إذا لم يعلم بالعفو، فإنه يدرأ عنه القصاص للشبهة، وكذلك إن لم يعلم أن عفو صاحبه يُسقط القصاص، فإذا سقط القصاص للشبهة الَّتي ذكرنا، وجبت الدية[1]، وهي ما زاد على نصيبه؛ لأن مقدار نصيبه من الدية مما يستحقه، فيحط من جملة الدية، وقد مضى في مواضع أن سقوط القصاص لأي وجهٍ سقط يوجب الدية.

مسألة: فيمن قتل رجلاً ثم علم أنه مستحق لدمه

قال: ولو أن رجلاً قتل رجلاً - خطأ، أو عمداً - ثُمَّ علم أَنَّه كان قتل أباه أو ابنه عمداً، لم تلزمه دية، ولا قود، وهذا إذا لم يكن له وارثٌ غيره[2].

ووجهه: أَنَّه بمنزلة من وطئ امرأة، ثُمَّ علم أنها زوجته، أو مملوكته، في أَنَّه لا يلزمه لها مهر، ولا حد، وبمنزلة من سرق من إنسان مالاً، ثُمَّ علم أَنَّه كان بعينه ماله، وذلك أَنَّه لو قتله مع العلم به، لم يلزمه القود، لكونه مستحقاً للدم الذي أراقه، فكذلك إذا لم يعلم؛ لأن الدم الذي أراقه كان مستحقاً له في الحالين، وكذا سبيل الوطء الذي ذكرنا، والمال المسروق الذي وصفنا، فأما إذا كان له وارث غيره، فالذي يقتضيه قياس قول يحيى بن الحسين - عليه السلام - أن القود يسقط، وتلزمه الدية إلاَّ قسطه منها، وذلك أَنَّه نص على من وطئ جارية بينه وبين شريكه، فلا حد عليه بشبهة الملك، وعليه العقر في نصيب شريكه، فيجب أن تكون هذه المسألة محمولة عليها؛ لأن القاتل له حق الإراقة في الدم، فيكون ذلك شبهة توجب درء القصاص، بل هذه المسألة أوكد من شبهة الوطء؛ لأنه يصح منه إراقته متى اجتمع عليه هو وصاحبه، أو إن أذن له صاحبه، وليس كذلك /٢٢٨/ الوطء؛ لأن وطئ جارية بين شريكين لا يجوز على وجه من الوجوه، كما يجوز قود أحد دم بين وارثين.

---

(١) سقط من (أ): دية.

(٢) نص عليه في المنتخب: ٣٩٤، ولكنه قال: لا شيء عليه، وكذلك إن كان للقاتل إخوة.

باب القول في جنايات المماليك

مسألة: في العبد يقتل الحر

إذا قتل العبدُ الحرَ عمداً، وجب تسليمه إلى ولي الدم، فإن شاء ولي الدم قتله، وإن شاء باعه، وإن شاء وهبه، وإن شاء استرقه، وإن شاء عفا عنه، وأعتقه، وله إن شاء أن يعفو للسيد عن عبده، أو يصالحه على الدية، أو غيرها، فإن كان القتل خطأً، كان مولاه مخيراً بين أن يسلمه إلى ولي الدم، وبين أن يفديه بدية جنايته، فإن سلَّمه إلى ولي الدم، كان له أن يتصرف فيه في جميع وجوه التصرف الَّتِي ذكرنا في المسألة الأولى غير القتل.

وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

أما الخطأ، فلا خلاف فيه بيننا وبين أبي حنيفة، وعند الشافعي أن صاحبه إن شاء فداه بجنايته، وإن شاء باعه في الجناية.

وأما العمد، فقول أبي حنيفة: إن صاحبه يسلمه للقتل دون الاسترقاق، إلاَّ أن يتصالحا بينهما صلحاً؛ لأن من أصله أن العمد ليس فيه إلاَّ القصاص، والعفو، والصلح، وتحصيل مذهبنا أن صاحب العمد يسلمه في العمد إلى ولي الدم، إلاَّ أن يعفو ولي الدم عن الدم، أو يصالحه، فإذا سلمه، وملكه، جاز له أن يتصرف في عبده فيه - كما يتصرف في عبده إذا قتل ابنه - من القتل، والهبة، والاستخدام، أو العفو، أو العتق مع العفو.

والأصل في هذا: أن جناية العبد إما أن تكون في ذمته، أو في رقبته، أو ذمة سيده، إذ لا يجوز أن يكون هدراً، ولا يجوز أن يكون في ذمته؛ لأن العبد ليست له ذمة ثابتة، وإنما له ذمة منتظَرة ربما تحصل بالعتق، وربما لا تحصل إن لم يعتق.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٥ - ٢٩٦، ٣٠٥، والمنتخب: ٣٩١.

فإن قيل: أليس لو أقرضه مقرضٌ شيئاً، ثبت في ذمته؟

قيل له: لأن المقرض رضي بذمة منتظَرة غير حاصلة، وليس كذلك حكم الجناية، ولا يجوز أن تثبت في ذمة سيده؛ لأنَّه لم يجنها، و لم يجب تحويلها إلى ذمته.

فإن قيل: أليس يثبت في ذمة العواقل ما لم يجنوا، و لم يرضوا بتحويله إلى ذممهم، فما أنكرتم أن يكون ذلك سبيل السيد؟

قيل له: أمر العواقل بخلاف القياس؛ إذ كان القياس ألا يلزمهم شيء، إلاَّ أنا اتبعنا فيه الإجماع، والأثر، وليس كذلك حال السيد، فإن الإجماع على خلاف ذلك؛ لأنَّه لا خلاف أنها لا تثبت في ذمته إلاَّ باختياره، فإذا بطل أن يثبت في ذمة العبد، أو ذمة سيده، لم يبقَ إلاَّ أن يثبت في رقبة العبد.

فإن قيل: ما أنكرتم أن تكون ذمة العبد مثل ذمة الفقير في أنَّه يثبت فيها جناية، ألا ترى أنَّه لا يمكن استيفاؤها منه لفقره، و لم يمنع /٢٢٩/ ذلك من تعلق جنايته بذمته؟

قيل له: الفقير له ذمة ثابتة؛ لأنَّه يصح أن يطالب بما في ذمته، ويجوز حبسه إن اتهم أن له مالاً، وللحاكم أن يُنجِّم عليه الدين إن كان له كسب، وكذلك إن وهب واهبٌ له شيئاً، صح أن يقضي دينه، وإنما يتعذر الاستيفاء لفقره، وليس كذلك العبد؛ لأنَّه لا سبيل إلى مطالبته، ولا حبسه في الدين، ولا التنجيم عليه، وكذلك إن وهب واهبٌ له شيئاً، أو أوصى له بشيء، لم يجز أن يقضي دينه منه؛ لأن ذلك يصير ملكاً لسيده، فبان أنَّه لا ذمة له ثابتة كما أن للفقير ذمة ثابتة، ولا خلاف أن العمد يثبت في رقبة العبد، فوجب أن يكون الخطأ كذلك؛ والعلة أنَّه جناية وقعت ممن يجوز أن تُستَحَق رقبته بالمال، فوجب أن يستوي فيه عمد الجناية وخطؤها، وليس يلزم عليه الحر؛ لأن رقبته لا يجوز أن تستحق بالمال، ولا البهيمة؛ لأن عمد جنايته لا يثبت في رقبته، وبهذين الطريقين تبين أن حكم المال في هذا الباب حكم النفس؛ لأن أصحابنا لم يفصلوا في ذلك بين المال والنفس، نص يحيى بن الحسين على ذلك في مسألة الأمة

تأبق، وتدعي الحرية، وتتزوج[١]، وعند أبي حنيفة حكم المال مخالفٌ لذلك، وقول أبي حنيفة في المال هو الذي حكيناه عن الشافعي، والشافعي يقول في خطأ الجناية على النفس كما يقول في المال هو وأبو حنيفة، فإذا ثبت ما قلناه من أن رقبة العبد تُستَحَق بالجناية إلاَّ أن يفديه مولاه بأرش الجناية، وجب أن يستحقها ولي الدم عن العمد، إذ لا سبيل هناك إلى الافتكاك بالفداء[٢]، وإذا استحقها، كان بالخيار بين أن يقتله قصاصاً، وبين أن يسترقَّه مكان الدية على ما سلف القول في أن ولي الدم مخير بين القصاص والدية.

وأما الفدية من جناية الخطأ بأرش الجناية، فلا خلاف أنَّه لمولاه إن اختار ذلك، وما قلناه: إنَّه في الخطأ يسلَّم للاسترقاق دون القتل لا خلاف فيه؛ لأن الخطأ لا قود فيه.

مسألة: في جناية أم الولد

قال: وإذا قتلت أم الولد عمداً، سُلِّمت للقتل دون الاسترقاق، وإن قتلت خطأً، التزم مولاها قيمتها لولي الدم، وهذا إذا كانت قيمتها مثل الدية، أو دون الدية، فأما إن زادت على الدية، فلا يلزمه أكثر من الدية.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

وتحصيله أن مولاها يلزمه لولي الدم الأقل من قيمتها أو دية القتل، فإنما قلنا: إنها لا تسلم في القتل للاسترقاق؛ لأن رقها لا يجوز أن يملكه غير مولاها، فلم يجز أن يسترقها ولي الدم، وأما الخطأ فقلنا: إن مولاها تلزمه قيمتها؛ لأن حكم الرق باقٍ عليها، فوجب أن تثبت جنايتها في رقبتها، والرقبة قد خرجت عن أن يكون لولي الدم استرقاقها بفعلٍ كان من المولى، فصار مولاها في الحكم كأنه استهلك رقبتها على ولي الدم، فوجب أن يلتزم قيمتها له، و/٢٣٠/الذي تقتضي أصول يحيى - عليه السلام -

(١) انظر: الأحكام ١/ ٤٠٥ - ٤٠٦.

(٢) في نسخة: بالفراء.

(٣) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٨.

في تخييره بين القصاص والدية في العمد، وقوله إن لولي الدم أن يسترق العبد القاتل، أن يكون له أن يطالب سيد أم الولد بالأقل من قيمتها ودية المقتول في العمد؛ لأنّه كان له أن يسترقها في الخطأ بالأقل من قيمتها ودية المقتول، فلما استهلك مولاها عليه رقبتها، جاز أن يطالب بقيمتها بدل الدية.

مسألة: في جناية المُدبَّر

قال: وكذلك المدبر إذا قتل عمداً، سلم للقتل دون الاسترقاق، فإن قتل خطأ، التزم مولاه قيمته لولي الدم، فإن كان معسراً، سلمه بجنايته مملوكاً.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1].

اعلم أن من مذهبنا أن المدبر إذا كان صاحبه مؤسراً، لم يجز بيعه، وكان في حكم أم الولد، فيجب أن تكون جنايته في العمد والخطأ مثل جنايات أم الولد، والوجه في ذلك ما ذكرناه، فأما إذا كان صاحبه معسراً، واضطر إلى بيعه، جاز بيعه، وكان في حكم سائر العبيد، فلا وجه لإعادته.

قال: وإن كان الجاني أم الولد، وكان مولاها معسراً، سعت إلى قيمتها.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: أن أم الولد موقوفة بعد، فيجب أن تكون جنايتها في رقبتها على ما بيناه في جناية العبيد، ولزم ذلك سيدها، فإن كان معسراً، رجع إليها كما نقوله فيمن أعتق شقصاً له في مملوك: إنّه يضمن نصيب صاحبه إن كان مؤسراً؛ لأنّه هو المستهلك له، وإن كان معسراً، سعى العبد في ذلك؛ للأثر الوارد في ذلك، وهو قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - «فإن كان المعتق معسراً، سعى العبد في نصيب شريكه غير مشقوق عليه» فصار ذلك أصلاً في كل مستهلكٍ عبداً - بالعتق، أو ما جرى مجراه - وهو معسرٌ، ووجب فيه ضمان يتحول إلى سعاية العبد، ولأن المولى يضمن ذلك عن

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٨.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٨.

العبد؛ لأن النفع حصل للعبد دون المولى، فإذا تعذر تضمينه، رجع إلى العبد، كما نقول: إن العاقلة تتحمل المال عن[1] الجاني، وإذا تعذر تحميلهم رجع إلى المتحمل عنه، وهو الجاني، كما أن الزوج عندنا يتحمل زكاة الفطر عن زوجته، فإذا تعذر ذلك، رجعت إلى المرأة، ويكون الذي تسعى فيه هو الأقل من قيمتها والأرش، على ما مضى القول فيه.

مسألة: في جناية المكاتب

قال: وإذا قتل المكاتب خطأ، لزمته دية قتيله يسعى فيها مع الكتابة.

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2].

وذلك أن المكاتب بعدُ رقيق، فيجب[3] أن تكون جنايته في رقبته كسائر الأرقاء، ثُمَّ وجدناه في يد نفسه ،كما كان قبل الكتابة في يد مولاه، ألا تراه يتصرف بنفسه من دون إذن سيده، ويكون أولى بكسبه من سيده، وكذلك بأرش جناية إن جنيت عليه، وكان الذي عليه لمولاه في حكم الدين، فكان هو الأولى بجنايته؟ ألا ترى أن مولاه لا يمكنه تسليمه، إلاَّ أن يختار هو العجز؟ وليس كذلك أم الولد؛ لأن تسليمها لا يصح على وجهٍ من الوجوه، /٢٣١/ وتحرير القياس فيه: أن جنايته لزمته لكونه في يد نفسه، كما كانت تلزم سيده لو كان في يده، ويكشف ذلك أن العبد المغصوب لو جنى ، لم يلزم سيده عنه شيء إذا لم يتمكن من التصرف فيه؛ لأن تسليمه قد تعذر، ولا يلزمه الفداء إلاَّ باختياره[4]، وكذلك إن مات العبد بعد الجناية قبل القضاء، بطلت الجناية، ولم يلزم سيده منه شيء؛ لخروجه عن يده، فوضح بذلك صحة ما ذهبنا إليه.

قال: والقول في سائر جناياتهم الخطأ كالقول في القتل الخطأ، هذا هو الواجب في

---

(١) في (ب): عن.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٢٩٨.
(٣) في (أ): فيجوز.
(٤) في (ب): باختيار.

الجنايات على النفس فيما دون القتل، وكذلك جناياتهم على الأموال على ما بيناه فيما سلف[١].

مسألة: في العبد يجني على جماعة

قال: وإذا جنى العبد على جماعة فيهم الحر، والمكاتب، والمدبر، جناية خطأ، أو عمداً، كان القول فيه كالقول إذا جنى على الواحد في تسليمه إلى جماعتهم، أو افتدائه.

وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢].

لا أحفظ خلافاً في ذلك، ووجهه: أنه لا فصل بين تعاظم الجناية، و بين[٣] كثرتها، ولما ثبت أن الجناية وإن عظمت فلا يختلف في أن على صاحبه تسليمه، أو افتداءه بجنايته، وأن عظيمها كصغيرها، فوجب أن يكون ذلك حكمها وإن كثرت، وأن يكون كثيرها كقليلها.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٢٩٨.

(٢) انظر: المنتخب ٣٩٢.

(٣) في (أ): أو بين.

كتاب

الوصايا

باب القول فيما تجوز فيه الوصية وما لا تجوز

مسألة: في الوصية لمن تكون

الوصية جائزة لكل من أوصى له الميت، سواء كان الموصى له حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، وارثاً أو غير وارث، إذا قبلها الموصى له.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وهذه الجملة لا خلاف فيها، إلاَّ الوصية للوارث، ويدل على الوصية للوارث[٢]قوله - عز وجل- في آيات المواريث: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء ١١)، وأما الوصية للوارث، فذهب عامة العلماء إلى أنها لا تجوز إلاَّ أن يجيزها باقي الورثة، وذهب أصحابنا إلى أنها جائزة للوارث كما تجوز لغيره، وبه قالت الإمامية.

والأصل فيه: قول الله - عز وجل -: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾(البقرة:١٨٠)، فاقتضت الآية وجوبها للوالدين[٣] والأقربين، والوجوب صفة زائدة على الجواز؛ لأن معنى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ﴾ أوجب عليكم، لا خلاف فيه، ثُمَّ نسخ الوجوب بالإجماع، فبقي الجواز.

فإن قيل: الشيء إذا ثبت واجباً، فنسخ الوجوب، فإنه يقتضي نسخ الجواز، فيجب إذا ثبت نسخ وجوب الوصية للوالدين أن ينسخ جوازها.

قيل له: هذا فاسدٌ /٢٣٢/ ؛ لأنَّه إذا ثبت للشيء حكمان يصح انفصال أحدهما عن صاحبه، وبقاء الآخر دونه، فانتفاء ما يصح انتفاءه مع بقاء صاحبه، لا يوجب انتفاء صاحبه ، كالشيئين إذا كان لهما حكم واحدٌ، وكان مما يصح أن ينتفي عن أحدهما دون صاحبه، فانتفاؤه عما ينتفي لا يوجب انتفاؤه عن صاحبه، ولا فصل في

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ١٩٩، ٤٢٦ - ٤٢٧. والمنتخب: ٣٤٦، ٣٤٨، ٣٥٠.

(٢) ظنن في (ب) على: وغيره .

(٣) في (ب): للوارث.

هذا الباب بين أن يكون الشيء واحداً وله حكمان، وبين أن يكون شيئين ولهما حكمٌ واحدٌ، يكشف ذلك ما ثبت من وجوب صوم يوم عاشوراء في الأول، ثُمَّ لما نسخ وجوبه، لم يجب أن يكون جوازه منسوخاً، كذلك ما ذكرناه، ويدل على ذلك قوله - عز وجل - في آيات[1] المواريث: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء:١١) وذلك عام في الوارث وغيره، فيجب أن تصح الوصية للوارث كما تصح لغيره.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: آية الوالدين منسوخة، وآية الوصية مع الدين مخصوصة بقوله: (لا وصية لوارث)[2]؟

قيل له: النسخ يجب إذا لم يمكن الجمع والتأويل، وقوله (لا وصية لوارث) يحتمل أن يكون (المراد به نسخ الوصية التي كانت في صدر الإسلام، على ما روي أن الناس كانوا يورثون بحسب الوصايا، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «قد أعطى كل ذي سهم سهمه)[3]، ألا لا وصية لوارث».يعني على حسب ما كانوا يوصون به من قبل، ويحتمل أن يكون المراد به فيما زاد على الثلث.

(فإن قيل: ما زاد على الثلث يستوي فيه الوارث وغير الوارث، فلا معنى لتخصيص الوارث؟

قيل له: لا يمتنع أن يكون خص الوارث بالذكر ليمتنع منه الناس فيما زاد على الثلث)[4]؛ لئلا يقع بين الورثة بسببه الوحشة المؤدية إلى قطع الأرحام، وهذا مزية تختص الورثة لا يمتنع أن يكون تخصيصهم بالذكر من أجلها، وهذا الوجه هو الذي اعتمده يحيى - عليه السلام - في تأويل الخبر، وكذلك ما رواه زيد بن علي، عن

---

(١) في (أ): في باب .

(٢) أخرجه الترمذي ٤/٤٣٣ والبيهقي ٦/٢١٢ والدارقطني ٣/٤٠ وأبو داود ٣/١١٤ عن أبي أمامة ، وأخرجه النسائي ٤/١٠٧ والدارمي ٢/٥١١ عن عمرو بن خارجة .

(٣) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٤) سقط ما بين القوسين من (أ).

أبيه، عن جده[١]، عن علي – عليه السلام – من قوله: «لا وصية لوارث»[٢]. محمول على هذين الوجهين.

ويمكن أن يقاس الوارث على غير الوارث بعلة أنَّه ممن تصح له الوصية، فوجب أن يكون حكمه في باب الوصية حكم الأجنبي، وأيضاً مذهب أكثر العلماء – كأبي حنيفة، والشافعي – أنها تجوز إن أجازها باقي الورثة فيما زاد على الثلث، فوجب أن تجوز بغير إجازتهم في الثلث وما دونه، دليله الأجنبي، وأيضاً إذا ثبت أنها تجوز للوارث إذا أجازه سائر الورثة، فيجب أن يكون المنع منها لحق الورثة، وإذا ثبت أن الورثة لا حق لهم في الثلث مع الميت، فيجب أن تجوز الوصية للوارث؛ إذ لا منع من جوازه لعدم ما هو المانع ، وهو حقوق الورثة، يؤكد ذلك ما ثبت من الاتفاق بيننا وبين أبي حنيفة أن رجلاً لا وارث[٣] له لو أوصى بماله جميعاً لبعض الناس أن الوصية صحيحة؛ لأنَّه أوصى بما لا حق فيه للورثة، فوجب أن يكون ذلك سبيل الوارث إذا أوصى له بالثلث، أو ما دونه؛ إذ لا حق فيه للورثة، وليس لهم أن يقولوا: إنَّه في حكم[٤] المحجور عليه فيما ينصرف إلى الوارث[٥] فيما يجرى مجرى الوصية؛ لأنهم /٢٣٣/ بنوا ذلك على ألا تصح الوصية للوارث، والخلاف فيه وقع.

وأما قبول الموصى[٦] له، فلا خلاف أنَّه شرط في تملكه ما أوصى له به، وأنه إن رده، بطلت الوصية.

مسألة: في وصية الذمي للمسلم والعكس

قال: ووصايا المسلمين لأهل الذمة جائزة، ووصايا أهل الذمة للمسلمين جائزة[٧].

---

(١) سقط من (أ): عن أبيه عن جده.
(٢) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض ، باب الوصايا.
(٣) في (ب): لا أقارب.
(٤) في (أ): في سبيل.
(٥) في (أ): فيما يتصرف الوارث.
(٦) في (أ): الوصية.
(٧) سقط من (أ): ووصايا أهل الذمة للمسلمين جائزة.

وهو منصوص عليه في الأحكام[1].

وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً؛ لأن[2] الوصية جهة يصح أن يتملك بها المسلمون بعضهم على بعض بإيجاب المالك الأول، وقبول المالك الثاني، كالبيع، والهبة، فوجب أن يصح تَملُّك المسلمين بها على أهل الذمة، وتَملُّك أهل الذمة على المسلمين؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾(البقرة ١٨٠)، ولم يشترط أن يكون الوالدان والأقربون من المسلمين، أو من أهل الذمة، وكذلك قوله: ﴿مِنْ بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بَهَا أَو دَيْنٍ﴾(النساء: ١٢) لم يفصل بين أن يكون الموصي مسلماً، أو ذمياً، ولا بين أن يكون الموصَى له مسلماً، أو ذمياً، فصح ذلك.

مسألة: في الوصية بالثلث أو أكثر

قال: وللرجل أن يوصي في ماله إلى الثلث، وليس للورثة رده، فإن أوصى بأكثر من الثلث، كان الأمر إلى الورثة، إن شاءوا، أجازوا الزائد على الثلث، وإن شاءوا، ردوه.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[3].

وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه.

والأصل فيه: حديث عامر بن سعد، عن أبيه سعد بن مالك، قال: مرضت فأتاني رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – يعودني، فقلت: يا رسول الله، إن لي مالاً كثيراً، وليس يرثني إلاَّ ابنتيَّ، فأوصي بمالي كله؟ وفي بعض الروايات بثلثي مالي، قال: «لا» ، قلت: فالشطر؟ ، قال: «لا».قلتُ: فالثلث؟ قال: «الثلث، والثلث كثير، إنك إن تترك ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تتركهم عالة يتكففون الناس» فمنع – صلى الله

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨.

(٢) في (ب): ولأن.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٥ – ٤٢٦ – ٤٢٧، ٤٢٨. والمنتخب: ٣٤٦ – ٣٤٨.

عليه وآله وسلم - من الوصية بأكثر من الثلث، فاقتضى ذلك [(١)] بطلانها، وقصرها - صلى الله عليه وآله وسلم - على الثلث ، فدل ذلك أيضا على أنها لا تصح فيما زاد على الثلث ، ونبه بقوله (إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تدعهم عالة) على أن المنع لحق الورثة[(٢)]، فاقتضى ذلك أنهم إن أجازوا الزائد على الثلث، جاز، وإن ردوه، لم يجز.

مسألة: في موت الموصَى له قبل الموصِي

قال: ولو أن رجلاً أوصى لرجل بشيء، فمات الموصَى له قبل الموصِي، بطلت الوصية. وهو منصوص عليه في الأحكام[(٣)].

وذلك أن الوصية إنَّما تستقر بموت الموصي وتصح، ألا ترى أنَّه في حياته له أن يرجع عنها، ويتصرف فيها سائر التصرف، فإذا كان ذلك كذلك، وكان الموصى له مات قبل الموصي، بطلت الوصية؛ لأنها تكون بمنزلة الوصية للميت؛ لأن استقرارها وصحتها يكون بعد موته، فلم يصح أن تستقر.

مسألة: في وصية من لا يعقل

قال: ولا تجوز وصية من[(٤)] لا يعقل مثل الصبي والمجنون[(٥)].

ونص في (الأحكام) [(٦)] على أن المجنون إن كان يفيق في وقت، فوصيته في وقت إفاقته جائزة.

وذلك مما لا خلاف فيه؛ لأن الصبي والمجنون تصرفهما في /٢٣٤/ أموالهما غير جائز، فكذلك الوصية؛ لأنها ضرب من التصرف، وأما المجنون الذي يفيق في بعض

---

(١) سقط من (ب): ذلك.

(٢) في (ب): بطلانها، وقصرها بقوله إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة، على أن المنع لحق الورثة.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨.

(٤) في (ب): ممن.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣١.

(٦) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣١.

الأوقات، فإن وصيته تصح في تلك الأوقات؛ لأن السبب المانع من جواز تصرفه هو الجنون، وقد زال بالإفاقة، فيجب أن تصح وصيته كما يجوز سائر تصرفه.

فصل: في وصية ابن العشر

قال يحيى في (الأحكام)[١]: كل من أوصى فوصيته جائزة ، إلاَّ أن يكون صبياً لا يعقل كابن خمس، وست، وسبع، وما دون عشر سنين، فنبه به على أن ابن العشر تجوز وصيته، وبه قال مالكٌ.

ووجهه: أنه لا يمتنع أن يكون قد لزمه التكليف فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا[٢] كان قد حسن تمييزه، فلا يجب أن نمنعه الانتفاع بماله في آخر عمره، ولو أبطلنا وصيته، كنا منعناه ذلك، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إن الله جعل الثلث في أموالكم زيادة في أعمالكم»[٣]. فلا يجب أن يمنع منه المراهق المميز.

فإن قيل: فلا تمنعوه سائر العقود.

قيل له: لا ضرورة في ذلك؛ إذ غيره يقوم مقامه فيها، على أنا نجيز ذلك منه بإذن وليه، وهذا يكون إذا أحسن الوصية، ووضعها موضعها، ويستدل على ذلك بقول الله - عز وجل-: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِيْنَ يُبَدِّلُوْنَهُ﴾(البقرة: ١٨١)، وبأن يقاس على البالغ إذا كان في هذا السن بأن يقال: مميز أحسن الوصية، فوجب أن تصح وصيته، وإن كان ابن عشر، ولا يلزم عليه ما دون العشر ؛ للإجماع[٤]، ولأن تمييزه لا يكاد يصح.

مسألة: في إجازة بعض الورثة ما زاد على الثلث

قال: ولو أن رجلاً أوصى بأكثر من الثلث من ماله، وأجازه بعض الورثة، ورده بعضهم، جاز بمقدار حصة من أجازه.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣١.

(٢) في (ب): إذا.

(٣) أخرجه البيهقي ٢٦٩/٦ والطحاوي ٣٨٠/٤ عن أبي هريرة .

(٤) في (أ): بالإجماع.

وهو منصوص عليه في الأحكام[١].

وهذا قد مضى وجهه، إذ قد بينا أن منع الموصي من الوصية بأكثر من الثلث لِحَقِّ الورثة، وإجازتهم جائزة؛ لأنَّه إسقاط حق لهم لا يتعلق به إسقاط حق غيرهم، وآحادهم في هذا كجماعتهم، وهذا مما[٢] لا خلاف فيه.

مسألة: في الوصية بأكثر من الثلث بإذن الورثة

قال: ولو أنَّه استأذنهم في أن يوصي بأكثر من الثلث، فأذنوا له في ذلك، وأجازوه، جازت الوصية، ولم يكن لهم أن يردوها بعد موته.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٣].

ووجهه: ما بيناه من أن المنع من الوصية بأكثر من الثلث إنَّما هو لحق الورثة، فإذا رضوا بإسقاط حقهم، جرى مجرى الوصية في الثلث في أنَّه وصية بما لا حق فيه للورثة، أو مجرى أن يوصي بجميع ماله ولا وارث له في أنَّه يصح؛ لأنه وصية فيما لا حق للوارث فيه، وأيضاً قد ثبت أنَّه ممنوع من الوصية لحق الورثة بأكثر من الثلث، فإذا أجازوه، جازت الوصية، وخرج الموصي من أن يكون ممنوعاً بالشرع، فأشبه الوصية بالثلث في أنها وصية وقعت وهي جائزة في الشرع، فوجب أن تستقر بالموت، وهذا هو رواية (الأحكام)[٤]، وبه قال ابن أبي ليلى، وعثمان البتي، وعن /٢٣٥/ مالك أنهم ليس لهم الرجوع إن كان استأذنهم في حال المرض، وإن كان استأذنهم (في حال الصحة، فلهم الرجوع، وروي عنه أنَّه فصل بين وارث في عياله ونفقته، وبين)[٥] وارث ليس في عياله ونفقته، فجعل لمن هو في عياله الرجوع، ولم يجعله للبائن عنه.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨.
(٢) في (ب): وهذا أيضاً مما.
(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨.
(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨.
(٥) سقط ما بين القوسين من (أ).

وقال يحيى بن الحسين - عليه السلام - في (الفنون)[١]: لهم الرجوع بعد موت الموصي، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، وبه أقول.

ووجهه: أن حق الورثة لم يستقر بعد، وما يُمنع المريض منه إنَّما يمنع للمآل، ألا ترى أنَّه إن تصرف في ماله أي تصرفٍ كان، ثُمَّ عوفي، كان ذلك ممضياً، ولم يجب رده إلى الورثة، فأشبه الشفيع يسلم الشفعة قبل وقوع البيع في أن له الرجوع فيما سلم بعد البيع؛ لأنَّه سلم حقاً لم يستقر له بعد، فوجب أن يكون له الرجوع بعد الاستقرار، وكذلك البراءة من الرد بالعيب لا يؤثر قبل البيع، وكذلك إبطال خيار الثلاث قبل البيع لا يصح، ويشهد لقياسنا[٢] الأمةُ تختار زوجها قبل العتق، ألا ترى أن لها أن[٣] ترجع عن ذلك وتختار نفسها بعد العتق؛ لأن الذي كان منها كان إبطال حق لها لم يستقر، فكذلك ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: لولا استقرار حق الورثة، لم يمنع المريض من أن يوصي بأكثر من الثلث.

قيل له: قد بينا أن ذلك المنع إنَّما هو للمآل، ألا ترى إلى ما روي في الشفعة «ولا يبيع الشريك قبل أن يؤذن شريكه» فمنع من البيع قبل أن يُعلمه، ولكن لما كان ذلك للمآل، لم يؤثر تسليم الشفعة قبل البيع، كذلك مسألتنا، على أنا قد علمنا أن الموصي أولى بالمال من الوارث، ألا ترى أنَّه يتصرف فيه، وهو مالك له في الحقيقة، والوارث غير مالك، ولا له شيء من التصرف، فإذا جاز للموصي أن يرجع فيما أوصى ما دام حياً مع تأكيد حاله، فأولى أن يجوز للورثة الرجوع من الإجازة.

مسألة: في الوصية بالإشارة

قال: ولو أن عليلاً أُصمت فقيل له: اعتق عبدك، أو أوص بكذا، فأشار برأسه إشارةً تُفهم أنَّه يريد ذلك، جازت الوصية إذا علم أن عقله ثابتٌ.

---

(١) انظر الفنون: ٤٤٩.

(٢) سقط من (ب): لقياسنا. ونبه عليها في الهامش.

(٣) سقط من (أ): أن.

وهو منصوص عليه في الأحكام[1].

وذلك أنَّه لا يصح منه في تلك الحال إلاَّ الإشارة، مع اضطراره إلى الوصية، قياسه الأخرس.

فإن قيل: فالأخرس تجوز سائر عقوده وإيقاعاته، فهل تجيزون جميع ذلك للعليل بالإشارة؟

قيل له: لا نجيز ذلك؛ لأن العليل إنَّما يضطر في تلك الحال إلى الوصية، والأخرس يضطر إلى جميع ذلك، على أنَّه ليس ببعيد أن نقول - على قياس قول يحيى -: إنَّه إن اضطر إلى غير ذلك، جاز ذلك بالإشارة، يوضح ذلك ما روي أن يهودياً عدا على جارية، فأخذ أوضاحها، ورضخ رأسها بين حجرين، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أقتلك فلان» لغير ذلك اليهودي، فأشارت برأسها لا، ثُمَّ قال فلان لآخر، فأشارت برأسها لا، ثُمَّ قال: ففلان - يعني قاتلها - فأشارت نعم، فأمر به - صلى الله عليه وآله وسلم - فرضخ رأسه بين حجرين، فجعل صلى الله عليه وآله و/٢٣٦/سلم إشارتها بنعم بعد ما تعرَّف تمييزها دعوى، ويدل على ذلك حديث أمامة بنت أبي العاص[2].

حكى الطحاوي نحو قولنا عن الليث.

مسألة: في هبة العليل

قال: وللعليل أن يهب من ماله ما شاء، ويعتق من مماليكه من أحب، ما دامت العلة خفيفة، فإذا اشتدت العلة، وخيف عليه، لم يجز من ذلك إلاَّ مقدار الثلث.

وهو منصوص عليه في الأحكام[3].

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٩.

(٢) روي أن أمامة بنت أبي العاص - من زينب بنت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أصمتت فسألها ابنا خالتها الحسن والحسين - عليهما السلام - فقالا لها: ألفلان كذا، ألفلان كذا، فأشارت أي نعم، فبرأت وأجازت ما فعلت، وفي التلخيص: فجعل ذلك وصية.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٥.

وهذه الجملة مما لا أحفظ فيها خلافاً؛ لأن خفيف العلة لا إشكال أن[1] حكمها حكم الصحة؛ لأنَّه لا يخاف منه الموت، فسبيله سبيل الصحة، كالفالج، والشلل، والنِّقرِس[2]، فالاعتبار بخوف الموت، ونص الطحاوي على الفالج والشلل أنهما بمنزلة الصحة، فإذا كانت العلة مما يخاف منها الموت، فيجب أن يراعى فيما يأتيه الثلث.

مسألة: في وصية الحامل والمحارب

قال: وكذلك الحامل لها ذلك في أول الحمل، فإذا تجاوزت ستة أشهر، لم يجز لها إلاَّ الثلث، وكذلك من زحف للحرب له ذلك ما لم يصافَّ عدواً، أو يباشر قتالاً، فإذا كان ذلك، لم يجز فعله إلاَّ في الثلث.

وهو منصوص عليه في الأحكام[3].

قال أبو حنيفة والشافعي في الحامل: إنها بمنـــزلة الصَّحيح حتَّى يضربها الطلق، ثُمَّ تكون في حكم المريض، وقال أبو حنيفة: من بارز رجلاً، أو قُدِّم ليقتل في قصاص، أو ليرجم للزنى، فهو بمنـــزلة المريض، وقول مالك والليث مثل قولنا، كل ذلك حكاه الطحاوي في (اختلاف الفقهاء)، وحكى عن ابن المسيب أن الحامل والغازي تصرفهما من الثلث، وعن ابن حي، والثوري: إذا التقى الصفان، فما صنع فهو وصية.

والذي يدل في الحامل على ما قلنا: قول الله – عز وجل –: **﴿فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيْفاً فَمَرَّتْ بِهِ..﴾** الآية (الأعراف ١٨٩)، ففصل بين حال أول الحمل وآخره، فوصف الأول بالخفة، والآخر بالثقل، فدل ذلك على اختلاف حكمهما، و لم يفصل أحد بينهما إلاَّ بما ذكرناه.

والأصل في هذا الباب: ما ثبت من أن العلة الخفيفة بمنـــزلة الصحة، والثقيلة منها

(١) في (أ): لا إشكال في أن.

(٢) في لسان العرب: النقرس : داء يأخذ في الرجل، وقال في التهذيب: داء يأخذ في المفاصل، والنقرس أيضا: الداهية الحاذق.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٦.

بمنزلة المرض، و لم يكن الفاصل بينهما إلاَّ أن ما[١] يخشى عليه الموت من عارض عرض في مدة قريبة يكون حكمه حكم المرض المخوف، ومن لم يكن كذلك يكون في حكم الصحيح، وقد ثبت أن من تجاوزت ستة أشهر يخاف عليها الموت من الحمل في مدة قريبة، فأشبه من ابتدأ به البرسام أنَّه عرض له عارض يخاف عليه[٢] الموت في مدة قريبة.

فإن قيل: و لم قلتم إنَّه يخاف على الحامل بعد ستة أشهر[٣] الموت في مدة قريبة؟

قيل له: لأن بينها وبين الوضع المعتاد أقل من ثلاثة أشهر، وهذه المدة قريبة؛ لأن كثيراً من الأمراض[٤] المخوفة قد تمتد هذا القدر، وليس كذلك الفالج والنقرس؛ لأنهما يمتدان بصاحبهما سنين عدة، فوجب أن يكون ذلك حكم القريب، وكذلك من صافَّ عدواً[٥]، أو باشر قتالاً، لا يخاف عليه لعارضٍ عرض الموت في مدة قريبة، فأشبه المبرسم، ويمكن أن يقاس ذلك مع أبي حنيفة على من بارز، أو قُدم ليقتل، وليس لأصحاب أبي حنيفة أن يقولوا: لا يجب /٢٣٧/ الفصل بين أول الحمل وآخره؛ لأنهم فصلوا بين حالتي المحارب إذا حضر الوقعة - بل الصف - وإذا بارز، وفصلوا بين حالتي المحكوم عليه بالقتل إذا حكم عليه به وإذا قدم ليقتل.

قال: وكل ذلك إذا لم يجزه الورثة، وهذا قد مضى فيه ما يغني عن الإعادة. وهو في الأحكام[٦].

مسألة: في الترتيب بين قيمة الكفن، والدين، والوصية

قال: وإذا مات الرجل، بُدِئ بما يحتاج إليه من التكفين والدفن، ثُمَّ بالدَّيْن إن كان عليه، ثُمَّ بالوصية[٧].

---

(١) في (ب): إلاَّ ما.
(٢) في (ب): منه.
(٣) سقط بعد ستة أشهر من (ب).
(٤) في (أ): الأعلال.
(٥) في (أ): صاف للحرب.
(٦) انظر: الأحكام: ٤٢٦/٢.
(٧) في (ب): الوصية.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[١].

وهذه الجملة مما لا أحفظ فيها خلافاً؛ لأن الكفن والدفن مما لا بد للميت منه، كستر العورة، وسد الجوعة للحي، فكما أن الحي وإن[٢] كان عليه ديون تستغرق ماله، فمقدار ما يستر عورته ويسد جوعته مستثنى منه، كذلك الكفن والدفن؛ لأنَّه مما لا بد له منه[٣]، والدين أولى بالتقدم من الوصية؛ لأنَّه واجبٌ في ماله، ولهذا لو استغرق ماله، لم يرثه الورثة، والوصية أصلها التطوع والتبرع، وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام -، قال: «لا وصية ولا ميراث حتَّى يقضى الدين»[٤].

مسألة: فيمن أوصى لعبده بثلث ماله

قال: ولو أن رجلاً أوصى لعبده بثلث ماله، جازت الوصية، وعتق هو منها، فإن كانت قيمته زائدة على الثلث، سعى في الزائد، وإن كان الموصي لا مال له سواه، سعى في ثلثي قيمته.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[٥].

وذلك أن الموصى له لا يستحق أكثر من الثلث، والعتق لا يصح فيه التبعيض على ما مضى في كتاب العتق، فلا بد من بتٍّ عتقه، ثُمَّ يجب ألا يزيد الحاصل له على ثلث تركة الميت، فيسعى على ما بيناه، وأظن الشافعي يبطل الوصية.

مسألة: في من أوصى لمساكين وجعل عبده كأحدهم

قال: ولو أنَّه أوصى لمساكين معروفين معدودين، وجعل عبده في الوصية كأحدهم، جازت الوصية لهم جميعاً، وعتق العبد بحصته، وسعى في باقي[٦] قيمته إن زادت القيمة على حصته.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٠٨. والمنتخب: ٣٤٩.

(٢) في (أ): الحي إن.

(٣) في (ب): لا بد منه.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض، باب الوصايا.

(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٩. والمنتخب: ٣٤٨.

(٦) في (أ): وسعى العبد باقي.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

ووجهه: أنَّه ملك العبدُ جزءاً من نفسه معلوماً، فأوجب ذلك عتقه؛ لأن العبد لا يملك نفسه على حد ما يملكه سيده، وإنما ملكه نفسه هو عتقه، فإذا وجب عتق بعضه، وجب عتق سائره؛ لأن العتق لا يتبعض.

وأوجبنا السعاية إن زادت قيمته على قدر حصته؛ لأنَّه حق للورثة، وهذا قد مضى تفصيله في كتاب العتق.

قال: وإن أوصى لمساكين غير معدودين، وجعل العبد كأحدهم، بطلت وصية العبد. وهو منصوص عليه في المنتخب[٢].

ووجهه: أن الوصية لا تتعين في شيء بعينه؛ لأن للورثة أن يخرجوا الثلث من أي موضع شاءوا، فلا يحصل للموصى لهم شركاً في التركة، فلم يجب أن يملك العبد جزءاً من نفسه، وليس كذلك إذا أوصى بثلثه لقومٍ معدودين بأعيانهم؛ لأنهم يصيرون شركاء في التركة، فإذا كان العبد معهم كأحدهم، صار هو أيضاً شريكاً[٣] في التركة، فصار شريكاً في نفسه.

ووجه بطلان الوصية للعبد: أنَّه ليس يأخذ بالفقر، ووصيته مجهولة؛ لأنها غير معلومة أنها وصية بماذا، وحكى /٢٣٨/ الطحاوي مثل هذا القول عن عطاء في (اختلاف الفقهاء)، قال أبو حنيفة، والشافعي في مثله: يعطى الورثة ما شاءوا، وشبهوه بمن أقر أن لفلان عليه شيئاً أنَّه يفسره بما شاء، وبينهما فرق، وذلك أن الإقرار خبرٌ عن أمرٍ ثابت، وليس هو تثبيت وإيجاب، وإذا وقع مجهولاً، قيل له: فسر، فإنك قد أقررت على الجملة بأمرٍ ثابت، والوصية شيء مجهولٌ، هو تثبيت حق مجهول[٤] لا ندري ما هو، فوجب أن تبطل، وهكذا يجيء على قول يحيى بن الحسين

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٤٨.
(٢) انظر: المنتخب: ٣٤٨.
(٣) سقط من (أ): شريكاً.
(٤) سقط حق مجهول من (ب).

- عليه السلام - لو قال: أوصيت لك بسهم من مالي، أنَّه يكون باطلاً.

فإن قيل: الوصية بالمجهول جائزة؛ لأنه إذا أوصى بثلث ماله، أو بربع ماله، فيجوز ألا يكون عالماً بماله كله، فيكون ذلك وصية بالمجهول.

قيل له: ليس ذلك وصية بالمجهول؛ لأنَّه يمكنه[1] أن يعلم في الثاني، ألا ترى أنا نُجوِّز مثله في البيع برأس المال، وإن لم يكن ذلك معلوماً في الحال؛ لأنَّه مما يصح أن يعلم في الثاني، ولا خلاف أنَّه لا يجوز البيع بشيء غير مسمىً، على أن الوصية تمليك، كالهبة، والبيع، فوجب ألا تصح بالمجهول قياساً على البيع والهبة.

مسألة: في نقض الوصية، والزيادة والنقصان فيها

قال: وكل من أوصى بوصية، فله أن ينقضها، ويثبتها، ويزيد فيها، وينقص.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب[2].

وذلك مما لا أحفظ فيه خلافاً؛ لأن الوصية موقوفة إلى أن يقبلها الموصَى له بعد موت الموصي، فحينئذٍ تستقر، فأما ما دام الموصي حياً، فهي[3] موقوفة، والتمليك الموقوف يجوز فسخه، كالبيع، والنكاح، وغيرهما، فكانت الوصية بذلك أولى، وأما تثبيتها، فليس هو إلاَّ الاستمرار عليها، والزيادة فيها كوصية مستأنفة، فوجب أن تكون صحيحة، والنقصان فهو رجوع في بعضها، وفسخ له، فوجب أن يصح ذلك كما صح في الكل.

مسألة: في الوصية بعد وصية

قال: ولو أن رجلاً أوصى بوصية في صحته، أو مرضه، ثُمَّ أوصى بعد ذلك بمدة قصيرة، أو طويلة، بوصية أخرى، ولم يذكر الأولى بنقضٍ، ولا إثبات، كانت الوصيتان ثابتتين.

---

(١) في (ب): يمكن.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨. والمنتخب: ٣٥٠، ٣٥٢.
(٣) في (ب): فهو.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

وهذا أيضاً مما لا أحفظ في جملته خلافاً، وإن كان قد اختلف فيما يكون رجوعاً عن الأولى، أو لا يكون رجوعاً عن الأولى، وذلك أنَّه إذا لم يرجع عن الأولى، فالثانية وصية مستأنفة، فوجب أن تصح كالأولى.

مسألة: في إجازة الوصية الزائدة على الثلث

قال: وقال القاسم - عليه السلام -: لو أن رجلاً أوصى بأكثر من ثلث ماله، وأجازه الورثة من غير أن يعلموا أنَّه أكثر من الثلث، فلهم أن يرجعوا في الزائد على الثلث.

اعلم أن هذا مما يجب حمله على أن المراد فيما بينه وبين الله - عز وجل -؛ لأنَّه إذا علم أنَّه لا يجوز ما زاد على الثلث، لم يلزمه، ألا ترى أنَّه لو لفظ فقال: قد أجزت منه ما لم يتجاوز الثلث، لم يلزمه ما تجاوزه، ومن حكم النية أن تؤثر في اللفظ كما يؤثر فيها اللفظ، ألا ترى أنَّه لا فرق بين أن يلفظ بعموم /٢٣٩/ يريد به الخصوص، وبين أن يستثني ما أراد تخصيصه من جهة اللفظ، فإذا ثبت ذلك، صح أن الذي يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى هو الذي نواه، وهذا كما نقول فيمن نادى امرأة من نسائه، فأجابته أخرى، فقال لها: أنت طالق: إن المطلقة هي الأولى؛ لأنها هي المقصودة بالطلاق.

فإن قيل: هذا يُخرج الإجازة من أن يكون لها حكمٌ؛ لأن ما لم يزد على الثلث جائزٌ، وإن لم يجزه.

قيل له: هذا وإن كان كذلك، فلا يجب[٢] أن يلزمه ما لا[٣] يلزمه، وقد علمنا أن النية في حكم اللفظ في معنى الاستثناء والتخصيص، فإذا كان هذا هكذا، فسبيله سبيل من قال: أجزته إلى الثلث، في أن هذا القول وإن لم تكن له فائدة، فلا يلزمه ما زاد

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٥٠.

(٢) في (ب): فلا يجوز.

(٣) سقط من (ب): لا. وظنن عليها في الهامش.

على الثلث، كذلك ما ذكرناه، على أنَّه يجوز أن يكون لإجازته فائدة؛ لأن الموصي لو أوصى بالثلث، أو ما فوقه، واشترط في أصل الوصية إجازة الوارث، كان لإجازته[1] حكم، فأما في ظاهر الحكم، فيجب أن تلزمه الإجازة إذا أطلق القول؛ لأنَّه عم، وعمومه يلزمه في ظاهر الحكم، وهذا كما نقول فيمن لفظ بالطلاق مُعرِّياً لفظه عن القصد: إن الطلاق لا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن حكم عليه به في الظاهر.

مسألة: في قتل الموصى له للموصي

قال: وإذا أوصى الرجل بشيء من ماله، فقتله الموصى له، بطلت الوصية، وهكذا ذكره في (المنتخب)[2]، وذكر فيه أنَّه إن ضربه، ثُمَّ عفا المضروب عن الضارب، ومات من الضربة، أن عفوه يكون وصية من الثلث[3].

والأقرب - والله أعلم - أن تحصيل مذهبه الفرق بين أن يكون القتل عمداً أو خطأً، فكأنه أبطل الوصية لقاتل العمد، وأجازها لقاتل الخطأ، كما ذهب إليه في الميراث؛ لأنَّه مَنَعَهُ قاتِلَ العمد، وورَّث قاتل الخطأ، وقال لا بد من الفرق بين العمد والخطأ.

والأصل في ذلك: ما روى الجصاص في (شرح الطحاوي) عن عاصم، عن زر، عن علي - عليه السلام - قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: ليس لقاتلٍ وصية[4].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - موقوفاً[5]: «لا وصية لقاتل»[6].

---

(١) في (أ): كانت الإجازة.

(٢) انظر: المنتخب: ٣٨٨.

(٣) انظر: المنتخب: ٣٩٢.

(٤) أخرجه البيهقي ٢٨١/٦ والطبراني في الأوسط ١٦١/٨ .

(٥) في (ب): قال قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -. وظن على: موقوفاً.

(٦) مسند الإمام زيد كتاب الفرائض ، باب الوصايا.

فإن قيل: فهذا يوجب أن لا وصية للقاتل عمداً أو خطأ؛ لأنهما لم يفصلا.

قيل له: قد علمنا أن ذلك جارٍ مجرى العقوبة للقاتل، وقد علمنا أن المخطئ لا عقوبة عليه، ولهذا قال أبو يوسف: إن الورثة لو أجازوها، لم تجز، ويدل على أن قاتل العمد لا وصية له أنَّه لا إرث له، فوجب أن تكون الوصية كذلك، والعلة أنَّه مال يستحقه بالموت، فكل مال يستحقه بالموت، فقتله المستحق عليه عمداً على وجهٍ يأثم فيه يوجب سقوطه، على أن الإرث أوكد من الوصية؛ لدخوله في ملك الوارث بغير اختياره، والوصية لا تدخل في ملك الموصى له إلاَّ /٢٤٠/ باختياره، أو اختيار من يقوم مقامه، فإذا سقط الأوكد بقتل العمد، وجب سقوط ما هو دونه، وقد ثبت عندنا أن قاتل الخطأ لا يبطل حقه من الإرث، فكذلك حقه من الوصية، والأولى على قول يحيى - عليه السلام - ألا يجوز، وإن أجازه الورثة، كما ذهب إليه أبو يوسف؛ لأنَّه منع لا لحق الوارث[1]، بل على سبيل العقوبة، وحكى الطحاوي - في اختلاف الفقهاء - عن مالك أنَّه قال: إذا كانت[2] الجناية متقدمة على الوصية، ومات من تلك الجناية، فالوصية صحيحة للعامد والمخطئ في المال والدية إذا علم ذلك منه، وإذا كانت الوصية متقدمة، ثُمَّ قتله الموصى له، فالوصية لقاتل الخطأ تجوز في ماله دون ديته، وقاتل العمد تبطل وصيته في المال والدية.

والأصح عندي من مذهب يحيى، وظاهر ما يدل عليه قوله، الفرق بين تقدم الجناية أو تقدم[3] الوصية؛ لأنَّه سئل عن رجل ضرب رجلاً بسيف فعفا المضروب قبل أن يموت، فقال: عفوه وصية تجوز من الثلث، وبعيد أن يكون أراد به المخطئ؛ لأن من يضرب غيره بالسيف يبعد أن يكون مخطئاً، فإجازته إنَّما هي لتقدم الجناية على ظاهر قوله، وسئل أيضاً عن رجلٍ أوصى لرجلٍ بثلث ماله، ثُمَّ قتله، قال: لا تجوز له الوصية؛ لأنها لا تجوز للقاتل، فأبطل الوصية لما تأخرت الجناية، وتقدمت الوصية، فيجب أن يكون ظاهر مذهبه ما ذكرناه.

---

(١) في (أ): الورثة.

(٢) في (ب): كان.

(٣) في (ب): وتقدم.

ووجهه: أن إبطال الوصية عقوبة، فإذا أوصى بعد الجناية، فكأنه عفا له عن هذه العقوبة، فيجب أن تصح الوصية إذاً لزوال السبب الموجب لإبطالها، وتحمل(١) الأخبار الواردة في هذا الباب على من أوصى له، ثُمَّ قتل.

فإن قيل: فما تقول فيمن أوصى لرجلٍ، ثُمَّ جرحه الموصى له، فعفا المجروح، هل تكون وصيته صحيحة؟

قيل له: لا تصح وصيته؛ لأنَّه(٢) حين جرح أبطل وصيته متى كان جرحاً يؤدي إلى التلف، فعفوه بعد ذلك لا يعيد الوصية، إلاَّ أن يستأنف الموصي الوصية، فتصح له، فعلى هذا يجب أن يجري هذا الباب، والله أعلم.

مسألة: في وصية المكاتب

قال: ووصية المكاتب جائزة على قدر ما أدَّى من مال الكتابة.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٣).

وهذا قد تقدم في باب الكتابة، وذكرنا فيه ما ورد فيه من الأخبار الدالة على ما قلناه مما لا طائل في إعادتها، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن وصيته يجب أن تنفذ على قدر ما أدَّى من مال الكتابة؛ إذ هو في ذلك جارٍ مجرى الحر.

---

(١) في (أ): ويحتمل.

(٢) في (ب): لا تكون وصيته صحيحة لأنه.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٥٨.

باب القول في الوصي وما يجوز له فعله

مسألة: في خروج الوصي من الوصية

ولو[1] أن رجلاً أوصى إلى رجل بوصية، فقبلها، ثُمَّ أراد الخروج منها في حياة الموصي، جاز له ذلك، وإن قبلها الوصي في حياته، وأراد الخروج منها بعد وفاته، لم يكن له ذلك، /٢٤١/ وكذلك إن أوصى إلى غائب، فله ألا يقبلها حين تبلغه، فإن قبلها حين تبلغه، وأراد الخروج بعد ذلك، لم يكن له.

وهو منصوص عليه في الأحكام[2].

وتحصيل هذه الجملة: أن الوصي إذا قبل الوصية، فليس له الخروج منها إلاَّ في وجه الموصي؛ لهذا قال: إن الغائب لا يجوز[3] خروجه منها إلاَّ في وجهه، ولهذا قال: إن الموصي إذا مات، لم يجز خروج الوصي[4] من الوصية؛ لأنَّه لا يجوز خروجه منها إلاَّ في وجهه، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وذهب الشافعي إلى أنَّه يجوز خروجه منها متى شاء على جميع الأحوال، في حال حياة الموصي وبعد موته، وفي وجهه ومع غيبته.

فأما ما يدل على أنَّه لا يجوز خروجه منها بعد وفاته، فهو أنَّه يتصرف فيها بحكم الولاية، فأشبه الأب والجد في أنَّه لا يصح منهما إخراج أنفسهما من الولاية، ويدل على ذلك المتكفل بالبدن، والضامن للمال؛ لأن واحداً منهما لا يصح له الانفراد[5] بإخراج نفسه مما دخل فيه، والعلة أنَّه لزمه حق للغير بدخوله فيه، فلا يجوز له التفرد بإخراج نفسه منه، ألا ترى أنَّه لزمه حق الميت، وحق الصغار من ولده، فوجب ألا يصح خروجه مع الغيبة منها لهذه العلة، وليس يصح الاعتراض على ذلك بالوكيل؛

---

(١) في (ب): لو.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٨.
(٣) في (أ): لم يجز.
(٤) في (أ): الموصي.
(٥) في (ب): لا يصح الانفراد.

لأن الوكيل لا يصح خروجه من الوكالة عندنا إلاَّ بمحضر[١] من الموكل، فالوكيل والوصي في هذا سواء، ويبين[٢] ما ذكرنا أولاً - من أنَّه لما كان متصرفاً بالولاية، و لم يكن هناك من تولى من جهته، أنَّه لا سبيل له إلى أن يعزل نفسه، وحاله في ذلك حال الإمام - إنَّه لما كان تصرفه بالولاية، لم يصح منه أن يعزل نفسه، فأما خلفاؤه فيجوز أن يلحقوا به في هذا الحكم، ويجوز أن يفرق بينه وبينهم بأن يقال: إن للخلفاء من تولوا[٣] من جهته، وهو الإمام، فيجب أن يصح منهم عزل أنفسهم في وجهه، (كالوصي قبل أن يموت الموصي، ألا ترى أنَّه يصح منه عزل نفسه في وجه الموصي، فإذا مات، لم يكن له سبيل إلى عزل نفسه، إذ ليس هناك من تولى من جهته فيعزل نفسه في وجهه)[٤] كالإمام، والأب، والجد.

مسألة: في الوصية إلى الغُيَّب فيقبل بعضهم

قال: ولو أن رجلاً أوصى إلى رجلين أو ثلاثة رجال غُيَّب، فلما بلغتهم الوصية، قبلها الواحد، وأباها الباقون، كان القابل منهم وصياً في جميع المال.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٥].

ووجهه: ما بيناه أنَّه يتصرف بحكم الولاية، فأيهم ثبت له الولاية، صح أن يتصرف في جميع المال، كالمرأة يكون لها أخوان غير بالغين، فأيهما بلغ، كان له أن يتصرف في إنكاحها بحكم الولاية.

مسألة: في الأوصياء يتصرف بعضهم دون بعض

قال: ولو أن رجلاً أوصى إلى رجلين بأولاد له صغار، وكان له وعليه دينٌ، وعنده ودائعٌ، فلا بأس لأحد الوصيين أن يقوم بذلك كله دون الآخر إذا حضر هو، وغاب

---

(١) في (ب): في محضر.
(٢) في (أ): وثبت.
(٣) في (أ): أن يولوا.
(٤) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٥) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢٩.

الآخر، وكل ما فعله من ذلك فهو جائزٌ ما لم يتعد[١] الحق.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٢]. وبه قال أبو يوسف.

وقال أبو حنيفة، ومحمد، والشافعي: ليس ذلك لأحدهما دون صاحبه، قال أبو حنيفة: ليس لأحدهما أن يشتري شيئاً إلاَّ الكسوة والطعام للورثة إذا /٢٤٢/ كانوا صغاراً، وقال أبو حنيفة: لأحد الوصيين أن يبتاع الكفن للميت، وعن محمد أنَّه قال: ليس له ذلك إلاَّ في ستة أشياء: في شراء الكفن للميت، وقضاء ديونه، وإنفاذ وصيته فيما أوصى به من صدقة أو نحوها، أو شيء كان لرجلٍ بعينه، وفي الخصومة للميت فيما لَهُ من الحقوق قِبَلَ الناس، وشراء الطعام والكسوة لصغار الورثة.

والأصل في هذا: أنَّه يتصرف بحكم الولاية، فيجب أن يجوز تصرف أحدهما دون صاحبه، كالمرأة إذا كان لها وليان، أو أولياء عدة، وكالقاضي يستخلف على البلد خليفتين، أو ثلاثة، ألا ترى أنَّه لا خلاف أن لكل واحدٍ منهم[٣] أن يتصرف دون صاحبه لَّما كان تصرفه بحكم الولاية، فكذلك الوصيان، والأوصياء، فإن ألزموا عليه الوكيلين في أنَّه لا يصح تصرف أحدهما دون صاحبه، لم يلزم، وذلك[٤] أن الوصي متصرف تصرف الولاة[٥]، ألا ترى أنَّه يتصرف مع انقطاع أمر الموصي، وليس كذلك الوكيل؛ لأنَّه يتصرف بأمر الموكل، وتبطل ولايته بموت الموكل لانقطاع أمره، وأيضاً لا خلاف أن الوصي يتصرف على الصغير في وجوه التصرف الَّتِي لم ينص له عليها، كالتجارات، وما أشبهها، أو كاستيفاء حقوقه، وإيفاء ما يلزمه من الحقوق، وغير ذلك، فكان تصرفه بتصرف الولاة أشبه منه بتصرف الوكلاء، ألا ترى أن الوكيل لا يتصرف إلاَّ فيما ينص عليه له، أو كان في حكم المنصوص، فوجب أن يفارق حكم الوصي حكم الوكيل، على أن من مذهب أبي حنيفة أن للوصي أن

---

(١) في (أ): يتعمد.
(٢) انظر: الأحكام: ٢/٤٣٠.
(٣) في (أ): أن يجوز لكل واحد منهما.
(٤) في (أ): ذلك.
(٥) في (ب): يتصرف تصرف الولاية.

يوصي، وليس للوكيل أن يوكل، وعلته في الفرق بينهما أن تصرف الوصي تصرف الولاية، وليس كذلك الوكيل، فكذلك ما اختلفنا فيه.

فإن قيل: إن الميت لم يرضَ برأي واحدٍ، فلا يجوز تصرفه.

قيل له: هذا منتقض بشراء الطعام والكسوة للصغير، وشراء الكفن للميت، وسائر ما أجازوا تصرفه، على أنا لسنا نُسلِّم ذلك، ونقول: إن الميت رضي برأي كل واحدٍ منهما، أو لئلا يضيع الأمر إن غاب أحدهما، كما نقول ذلك في القاضي إن استخلف في البلد خليفتين.

فإن قيل في شراء الطعام والكسوة للصغير، وشراء الكفن للميت: إنَّه ضرورة، فلم يجز فيه الانتظار لأحدهما دون صاحبه.

قيل له: هذا لا يعصم من النقض، على أنا نقول لهم: إن أحد الوصيين إذا انفرد، صار عندكم في حكم من ليس بوصي من الأجانب في أن تصرفه لا يصح، وإذا كان كذلك، وجب أن يستوي فيه حال ما تدعو الضرورة إليه، وما لا تدعو مما ذكرتم، ألا ترى أن الأجنبي يستوي حاله في ذلك، على أن الخصومة عن الميت مما لا /٢٤٣/ ضرورة في تأخيرها، وقد أجازوها لأحدهما، وهذا نقض ظاهر، وحكى ابن أبي هريرة أن الميت لو أوصى إلى كل واحد منهما بانفراده، فمات أحدهما، كان للآخر أن يقوم به، فيلزم على هذا إذا قال: قد أوصيت إليكما، أن يصح انفراد كل واحدٍ منهما؛ لأن كل واحدة من اللفظتين تقتضي الوصية إلى كل واحدٍ منهما، وذكر الانفراد هو ضرب من التأكيد إن أوصى إليهما في لفظة واحدة.

واشترط الانفراد، وإن كان الإيصاء إلى كل واحدٍ على الانفراد، فلا فصل بين ذلك وبين الإيصاء إليهما معاً؛ لأنَّه لا فرق بين ذلك، ألا ترى أنَّه لا فرق بين أن يقول: لزيدٍ عليَّ درهمٌ، ولعمرو علي درهمٌ، وبين أن يقول: لزيد وعمرو عليَّ درهمان، وكذلك لا فصل بين أن يقول: بعتك هذا العبد بكذا، ثم يقول: بعتك هذا العبد الآخر، وبين أن يقول: بعتك هذين العبدين، ولهذا نظائر كثيرة.

مسألة: في بيع الوصي مال الميت لإنفاذ الوصية

قال: ولهما أن يبيعا ما كان للميت لإنفاذ وصيته، فإن كان للميت ورثة كبار، لم يكن لهم بيع العقار والضياع من مال الميت إلاَّ بأمرهم.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

ومعناه: أن العقار والضياع (مما)(٢) يتعلق بهما من الأغراض ما لا يتعلق بسواهما، فمتى بذل الورثة ما يكون فيه وفاء بالوصية، كانوا أولى بتركة الميت، ولم يكن للوصي أن يقتات عليهم في ذلك، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً، فأما إذا لم يبذل الورثة ذلك، فللوصي بيع ما يمكن به إنفاذ الوصية - وصية الميت - رضي الورثة، أم أبوا، لا خلاف في ذلك.

مسألة: في بيع الوصي مال اليتيم

قال: وليس للوصي بيع شيء من أموال الأيتام، إلاَّ لضرورة، وتحرٍّ لمنفعتهم، وحسن النظر لهم، وإن باع لا على هذا(٣) الوجه، كان للأيتام إذا بلغوا نقض البيع.

وهو منصوص عليه في الأحكام والمنتخب(٤).

ووجهه: أنَّه لا ولاية للوصي على اليتيم إلاَّ فيما يؤدي إلى الصلاح والغبطة لهم، فأما ما يؤدي إلى خلاف ذلك، فلا ولاية للوصي فيه عليه، ألا ترى أنَّه لا خلاف في أنَّه(٥) لو باع ماله بوكس لا يتغابن بمثله، كان ذلك مفسوخاً، وكذلك لو أجَّر عقاره بوكسٍ لا يتغابن الناس بمثله، وجب فسخه، وكذلك لو أنفق عليه من ماله ما زاد على قدرِ حاجته على وجهٍ يؤدي إلى الإضاعة، كان ضامناً، فبان به صحة ما قلناه من أن ولايته عليه إنَّما هي فيما يؤدي إلى صلاحه وغبطته، فإذا ثبت ذلك، وجب أن

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٠.

(٢) لعل الأصوب حذف (مما) ليستقيم المعنى.

(٣) سقط من (ب): هذا.

(٤) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣٠. والمنتخب: ٣٤٦ - ٣٤٧.

(٥) في (أ): لا خلاف أنَّه.

يكون ما ذكرناه في بيع أموالهم على ما قلناه من أنَّه متى لم يتحرَّ به نفعه، وحسن النظر له، وجب فسخه، ونقضه.

مسألة: في جعل أمر صغار الورثة إلى كبارهم

قال: ولو أن رجلاً مات وخلف أولاداً صغاراً وكباراً، ولم يوصِ، فجعل بعض السلاطين الظلمة أمر الصغار إلى بعض الكبار، وجعله/٢٤٤/ وصياً عليهم، جاز ذلك.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

هذا مبني على أن الولاية تصح بتولية الظلمة إذا كان المولَّى ممن يصلح[٢] للولاية، وبه قال أكثر العلماء، وقد نبه يحيى بن الحسين على ذلك بما ذكر أيضاً في (الأحكام)[٣] من قوله: يُقَر من أحكامهم ما وافق الحق، وإلى نحو ذلك أشار أحمد بن عيسى فيما حكاه عنه محمد بن منصور في (جامعه).

ووجهه: ما صح عن[٤] عدة من الصالحين الفضلاء أنهم تقلدوا القضاء من جهة الظلمة في أيام بني أمية، وبني العباس، ولم ينكر ذلك عليهم غيرهم من أهل الفضل والصلاح مع انتشار ذلك وظهوره، فصار ذلك إجماعاً، وقد قيل: إنَّه يحتمل أن يكونوا تقلدوا برضا جماعة من المسلمين، فتكون ولايتهم من قِبَل المسلمين لا من قبل الظلمة، ويكون الظلمة لهم في حكم المعينين والأعضاد، وظاهر الحال بخلاف ذلك؛ لأنَّه لم يرو عن أحدٍ منهم أنَّه فعل ذلك بتحصيل رضا المسلمين وبأمرهم، وكان الظاهر أنهم تصرفوا بتولية الظلمة لهم، والأمر المحتمِل لا يُعترض به على الأمرِ الظاهر، كيف ولم يرو عن أحدٍ من المسلمين الذين كفوا عن النكير عليهم أنهم استبحثوا عن أحوالهم في رضا المسلمين بهم؟ ولأن[٥] الكف عن النكير عليهم[٦] كان بعد ذلك،

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٤٦.
(٢) في (أ): يصح.
(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٩٧.
(٤) في (أ): من.
(٥) في (ب): وأن. ونبه في الهامش على: لأن. وقال: في الأم.
(٦) سقط من (ب): عليهم.

فلم يجب صرف الأمر إلى ذلك الوجه، على أني لا أمتنع أن يكون في رضا المسلمين ممن يتولى من جهة الظلمة ضرباً من الاحتياط، وأنــه هو الأولى، والــذي أختــاره - ليكون أبعد من الخلاف، وأقرب إلى الوفاق - في عدد الجماعة من المسلمين الذي يرضون به ويولونه أن يكونوا خمسة، فقد نص في (الأحكام)[1] في أن أقل من يحضر حد الزنى خمسة: الإمام، والشهود الأربعة، وأحدهم يجلد، وتأول على ذلك قول الله - عز وجل -: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِيْنَ﴾(النور ٢)، وإليه ذهب أبو علي الجبائي في عدد الذي يعقدون الإمامة، وهو أكثر ما قيل فيه، وكان أبو علي يعتمد لذلك بيعة أبي بكر؛ لأنها وقعت يوم وقعت من خمسة، ويَعتمد أيضاً أمر الشورى، وإذ اختلف الناس في العدد، فمِن قائل إنها تنعقد بواحدٍ، وآخر قال إنها تنعقد باثنين، وكان الخمسة أكثر ما قيل، كان ذلك مجمعاً عليه، فوجب أن يكون هو الصَّحيح؛ إذ هو مجمع عليه، وما دونه لا دليل عليه.

مسألة: في المسافرَين يموت أحدهما من غير وصية

قال: وإذا خرج رجلان في السفر، فمات أحدهما، ولم يكن أوصى إلى الآخر، جاز له أن يكفنه تكفيناً وسطاً، فإن أسرف في التكفين، ضمن الزائد على الوسط.

وهو منصوص عليه في المنتخب[2].

ووجهه: أنَّه يحصل له ضربٌ من الولاية في تلك الحال، ألا ترى أنَّه يتعين عليه فرض دفنه، وتكفينه، فأشبه الوصي؛ لأن فرض الدفن والتكفين متعينٌ عليه؛ ولأن الدفن إذا وجب عليه فرضه، لم /٢٤٥/ يلزمه ذلك من ماله، فإذا لم يلزمه ذلك في ماله، ثبت أنَّه يلزمه في مال الميت، وإنما قال الوسط؛ لأنَّه الأصل في جميع ما جرى هذا المجرى، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خير الأمور أوساطها».وقال في مهر المثل: «وسط، لا شطط فيه، ولا وكس» فصار الوسط أصلاً في مثل هذه

---

(١) الذي في الأحكام: أن أقلهم ستة. انظر: الأحكام: ٢/ ٢١٠، وما ذكره هو كلام المنتخب: ص٤١٣.

(٢) انظر: المنتخب: ٣٥١.

المواضع؛ ولأن ما زاد سرف، وما نقص منه تقصير، فإذا ثبت ذلك، فما[1] زاده على الوسط يكون إضاعة، فيجب أن يضمنه؛ لأنَّه يكون مضيعاً بذلك القدر على الورثة.

قال: ومقدار ما يجوز له التكفين أن يكون شبيهاً بنصف العشر، أو نحوه.

وهو منصوص عليه في المنتخب[2].

وليس ذلك حداً محدوداً لا تجوز مجاوزته، ولا القصور عنه، بل الواجب فيه بحسب الحال والزمان في الغلاء والرخص[3]، وبحسب المال في القلة والكثرة، وبحسب الاجتهاد، وإنما قال يحيى بن الحسين ذلك ؛ لأنَّه سئل[4] عمن كان معه مائة دينار فمات، فقال: يكفن بنحو نصف العشر؛ وذلك يكون خمسة دنانير، ولعله رأى أن ذلك القدر هو الواجب بحسب ما عرف من حال أجرة الحافر، وكم يوارى به ويُحنَّط في ذلك الزمان، وذلك المكان، وليس يجب أن يحمل على ذلك لو ترك عشرة آلاف دينار، ولا أن يحمل عليه لو[5] ترك مائة درهم، فإن صاحب العشرة الآلاف[6] لا يبلغ تكفينه خمسمائة، وصاحب المائة درهم لا يقتصر به على خمسة دراهم.

مسألة: فيما يفعله الحي عن الميت من وجوه البر

قال: وكل ما يفعل الحي عن الميت من وجوه البر نحو الحج، والصدقة، والعتق، فهو للحي دون الميت، إلاَّ أن يكون الميت أوصى به.

وهو منصوص عليه في الأحكام[7].

اختلف[8] العلماء في ذلك، وكل منهم أجمع على أن الدين إذا كان على الميت

(١) في (أ): فما.
(٢) انظر: المنتخب: ٣٥١.
(٣) في (أ): الحال والزمان والغلاء والرخص.
(٤) سقط من (أ): سئل.
(٥) في (ب): إن.
(٦) سقط من (أ): الآلاف.
(٧) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢١.
(٨) في (أ): واختلف.

فإنه يجب قضاؤه من جميع مال الميت، وكذلك التكفين، واختلفوا فيما عدا ذلك، فقال أبو حنيفة: جميع ما يلزمه من الحج، والزكاة، وغيرهما مما ليس له مطالب بعينه يكون من الثلث، ويجب بالوصية، والأظهر عن الشافعي أنَّه قال في الحج والزكاة: إنهما من جميع المال، وأصحابنا فصلوا بين الحج والزكاة، فجعلوا الحج من الثلث، وأوجبوه بالوصية، نص عليه يحيى في (الفنون)[1]، وهو الظاهر من كلامه[2] في (الأحكام)[3]، وذكر أصحابنا أن الزكاة من جميع المال، وشبهوها بالدين، ذكر ذلك أبو العباس الحسني في (النصوص)، وهو الأظهر من كلام يحيى - عليه السلام -؛ لأنَّه ربما شبهها بالدين، وفي بعض المسائل زاد قوتها على قوة الدين؛ حيث يقول: إن الزكاة[4] تمنع الزكاة، والدين لا يمنعها، فيجعل قدر الزكاة في حكم الخارج من ملكه، وما ذهبنا إليه من الفرق بين الحج والزكاة به قال أبو علي الجبائي في كتاب (الأمر بالمعروف، والنَّهي عن المنكر)، وجملة الفصل بينهما أن الحج يلزم البدن، والمال يدخل فيه على سبيل التبع، والزكاة تجب في المال كالدين، وعندنا أنها تجب في مال اليتيم /٢٤٦/ والمجنون كالدين، وكثيراً مما يجب في هذا الباب قد ذكرناه في كتاب الحج من (شرح التجريد) وبينا لما نذهب إليه من أن الحج يجب من الثلث، ودللنا على أنَّه لا يجب إلاَّ بالوصية، وأوضحنا الكلام فيه، وفي أن ما يفعله الحي عن الميت من غير أن يكون الميت أوصى به يكون للحي، وأنه إن كان أوصى، فهو[5] له، فلا طائل في إعادته.

فصل: في وصية الوصي

دل كلام يحيى - عليه السلام - ومسائله على أن للوصي أن يوصي، وأنه يخالف الوكيل في هذا؛ لأنَّه بنى كلامه في باب الوصي على أن تصرفه تصرف الولاة، وقد مضى الكلام في هذا.

---

(١) انظر الفنون: ٤٤٧، ٤٤٨ - ٤٤٩.
(٢) في ١٣(ب): من قوله.
(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٢١.
(٤) في (ب): يقول الزكاة.
(٥) في (ب): يكون.

باب القول في أحكام الوصايا

مسألة: في الوصية بالثلث لرجل والنصف لآخر

لو أن رجلاً أوصى لرجلٍ بثلث ماله، ولآخر بنصفه، وامتنع الورثة من إجازته، كان الثلث بينهما على خمسة أسهم، لصاحب النصف ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهمان.

وهو منصوص عليه في الأحكام[1]. وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي ، في هذه المسألة ونظائرها، وحكى الطحاوي[2] في (اختلاف الفقهاء) ذلك عن ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، ومالك، والثوري، وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان على سواءٍ، قال: لأن الموصى له بالنصف لا يضرب في الثلث بما سمي له مما زاد على الثلث، كأنما أوصي له بالثلث فقط، فيستوي هو والموصى له بالثلث، فأما إن أوصى لعدة من الناس ، لبعضهم بالثلث، ولآخر بالربع، ولآخر بالسدس، ولآخر بالثمن، بعد ألاَّ يكون سمى لأحدٍ منهم ما زاد على الثلث، فلا خلاف أن الجميع يتضاربون في الثلث على قدر أنصبائهم من الوصية.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنَّه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة في الوصية بالدراهم مرسلة، أنها وإن زاد نصيب بعضهم على الثلث أنهم جميعاً يتضاربون في الثلث، فوجب أن يكون ذلك حكم الوصية المعينة، لعلة أنَّه ضربٌ بالحصص الموصى لهم بها، ويمكن أن تجعل الوصية لكل واحد منهم بالثلث فما دونه أيضاً أصلاً، ونقيس عليه بالعلة الَّتِي ذكرناها، ويمكن أن يقالَ: إن العلة في ذلك أن الموصي لم يرض إلاَّ أن يكون بين الذي يصيب كل واحدٍ منهم التفاوت الذي ذكره.

فإن قيل: الفصل بين الأصل والفرع الذي ذكرتم أن في أحد الأصلين - وهي

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٥٢.

(٢) ذكر ما يدل عليه في المنتخب: ٣٤٨.

الدراهم المرسلة - يجوز أن يبلغ المال مبلغاً يخرج الوصية تامة من الثلث، وليس كذلك الوصية بجزء من المال معين.

قيل له: نحن بنينا المسألة على رجلٍ مات و لم يخلف إلاَّ ثلاثمائة درهم، وأوصى لرجلٍ بمائة وخمسين درهماً، ولآخر بمائة درهم، فكيف يبلغ المال المبلغ الذي ذكرتم /٢٤٧/ على أن هذا الفصل وإن كان صحيحاً، فلا يمتنع من الجمع بينهما بالعلة الَّتِي ذكرنا.

فإن قيل في الأصل الثاني: إن الوصية للجميع[1] ثابتة؛ لأنَّه لم يتجاوز بواحدة منهما الثلث، فصح أن يتضاربوا في الثلث، وليس كذلك حال الموصى له بما زاد على الثلث؛ لأن الوصية به غير صحيحة؛ لأنها وصية بمال الوارث.

قيل له: كيف يكون ذلك وعندكم أن الورثة إن أجازوه، ملكه الموصى له دون الورثة، على أن الوصية لكل واحدٍ منهم بالثلث فما دونه أيضاً مما أوصى به، إذ لا بد من نقص كل واحد منهم عن المسمى له، ومع هذا تضاربوا في الثلث، فكذلك ما اختلفنا فيه، ويمكن أن يجعل العول أصلاً لهذا الباب بأن يقال: لما لم يمكن إيصال الجميع إلى المسمى له في الإرث، وجب أن يضرب الجميع في المال على قدر ما سُمي[2] لكل واحدٍ منهم، فكذلك الوصية، ويكشف ذلك كله بأن يقال: إن الوصية تضمن أمرين: أحدهما: أن يزاد الموصى له على الثلث، والثاني: أن يحصل بين الذين أوصي لهم - فيما يصيبهم - التفاوت المعين، فلما منع الشرع أن يزادوا على الثلث إذا امتنع منه الورثة، منعناه، واتبعنا فيه قول الله - عز وجل -: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾(البقرة ١٨٢)، ولما لم يمنع الشرع من التفاوت في القسمة بينهم، أمضينا الوصية بالتفاوت على ما أوصي بها، واتبعنا قوله: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ..﴾ الآية (البقرة: ١٨١).

(١) في (أ): للجمع.
(٢) في (أ): يسمي.

مسألة: في مقاسمة الموصى لهم للورثة

قال: وكذلك إن كان له ابنان، فأوصى لرجلٍ بثلثه، وللآخر[١] بمثل نصيب أحدهما، ولآخر بنصف ماله، أو ثلثه، أو بمثل نصيب أحدهم وزيادة شيء، أو بمثل نصيب أحدهم إلاَّ شيئاً، كان العمل فيه على ما بينا من المقاسمة على مقدار الوصية، وكل ما أتى من هذا الباب، فهو قياس عليه.

وهو منصوص عليه في الأحكام[٢].

اعلم أن حكم هذه المسألة وحكم الَّتِي تقدمتها - مع الإجازة وغير الإجازة - حكم واحدٌ، لا خلاف فيه على ما بيناه، وإنما الخلاف في مقدار النصيب إذا أوصى بمقدار بمثل نصيب الابن، فذهب أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، إلى أنّه إن أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحدٌ، أن المال بين الابن والموصى له نصفان؛ لأن هذا القول عندهم يقتضي التسوية، فإن كان له ابنان، وأوصى بمثل نصيب أحدهما، كان له ثلث المال، وعلى هذا، كثر الأولاد، أو قلوا، وهذا إذا أجازه الوارث، أعني[٣] في الابن الواحد، وقال مالك: إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وليس له إلاَّ ابن واحدٌ، فالمال كله للموصى له، ولا شيء للابن؛ لأن نصيب الابن هو جميع المال، فإذا أوصى بمثله، كان ذلك وصية بجميع المال وإن كان له ابنان وأوصى بمثل نصيب أحدهما، كان للموصى له نصف المال، ولكل واحد منهما[٤] ربع المال، وهذا أيضاً إذا أجازه الوارث، أو الورثة، وهذا مما لا أحفظ فيه نصاً[٥] عن يحيى - عليه السلام -، إلاَّ أن المتأخرين من أصحابنا كانوا يشيرون إلى مثل ما حكيناه عن أبي حنيفة، والشافعي، وأظنه فيما عقلته عن أبي العباس الحسني، والمسألة عندي فيها نظرٌ، وكأن قول مالك في نفسي أقوى؛ وذلك أن قوله: مثل نصيب ابني ، معناه مقدار نصيب ابني، فإذا كان نصيب

---

(١) في (ب): ولآخر.

(٢) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٥٢.

(٣) في (أ): يعني.

(٤) في (ب): من الاثنين.

(٥) في (أ): خلافاً. وصوب: نصاً.

الابن هو الجميع، فمقدار الجميع هو الجميع.

فإن قيل: فإنه أراد التسوية بين الموصى له وبين ابنه.

قيل له: ليس للتسوية لفظٌ، فلا يصح ادعاؤها؛ لأنها إما أن تعقل من اللفظ، واللفظ لا يقتضيه، أو يُعلم ذلك من العرف والعادة، وهذا مما لا يمكن أن يدعى فيه العرف والعادة؛ لأن هذه المسألة مما لا تكاد تقع، فإن وقعت[١]، فندر لا يثبت لمثله عادة.

فإن قيل: هذا القول يؤدي إلى تقديم نصيب الابن على الوصية، ومن شأن الوصية أن تقدم على الإرث.

قيل له: إذا كانت الوصية مقدرة بنصيب الوارث، فلا بد من تقديم تقديره، وإنما[٢] الممتنع هو تقديم استحقاقه لنصيبه، فأما تقدير النصيب أولاً، فلا بد منه إذا كانت الوصية مقدرة به، على أن قول أبي حنيفة والشافعي في هذا لا يثبت إلاَّ أن يكون القول يتضمن إيجاب الوصية مقدرة بنصيب الابن[٣] (بعد ثبوت الوصية، وليس لذلك لفظٌ، فوجب ألا يكون إطلاقه موجباً وصيةً مقدرة بنصيب الابن)[٤] مطلقاً، على أن قولهم يؤدي إلى ألا يمكن تقدير النصيب إلاَّ بتقدير الوصية، ولا يمكن تقدير الوصية إلاَّ بتقدير النصيب، وذلك مستحيل، وكل ذلك يرجح ما كان يقوله مالك عندي، والله أعلم بالصواب.

فصل: في الوصية بنصيب الابن

كان أبو حنيفة يذهب إلى أن من أوصى لرجلٍ بنصيب الابن أن الوصية باطلة، وخالفه أصحابه، قال أبو حنيفة: نصيب الابن هو ما يستحقه الابن ويملكه، فإذا أوصى به، فكأنه أوصى بمال الغير، ووجه الخلاف عليه أنَّه إذا احتمل أن يكون أراد

---

(١) سقط من (أ): فإن وقعت.
(٢) في (ب): وأيضاً.
(٣) في (أ): الوارث.
(٤) سقط ما بين القوسين من (ب).

بذلك الوصية بما يملكه، واحتمل أن يكون أراد بذلك التقدير، وجب حمله على ما يصح دون ما يفسد؛ لأن تصرف المسلمين محمول على الصحة ما أمكن، وليس لهم أن يقولوا: إنكم أبطلتم الوصية بالمجهول، كأن يقول: أوصيت له بشيء من مالي؛ لأنّه مع التصحيح يحتمل أموراً كثيرة ليس بعضها أولى من بعض، ومسألتنا هذه ليست تحتمل إلاّ فساداً، ووجهاً واحداً في التصحيح، فكان التصحيح أولى، والله أعلم.

مسألة: في عدم المقاسمة إذا كانت الوصية دون الثلث

قال: وإذا كانت الوصية دون /٢٤٩/ الثلث، لم يحتج إلى المقاسمة، وأعطي كلٌّ ما أُوصي له به.

وهو منصوص عليه في الأحكام[(١)].

والمراد بالمقاسمة هاهنا هو المقاسمة على سبيل إدخال النقص على أرباب الوصايا، ولم يرد مقاسمة الشركاء في الوصية فيما بينهم؛ إذ هي مما لا بد منها، وكذلك مقاسمة الورثة إذا كانت الوصية بجزء من المال معلوم[(٢)]؛ إذ لا بد منها على ما نص عليه بعد هذه المسائل، وكل ذلك مما لا خلاف فيه.

قال: وكذلك إن أوصى بثلثه، وسدسه، ونصفه، وأجازه الورثة، أعطي كلٌّ ما أوصى له به، وكذلك إن أوصت المرأة لزوجها بصداقها، ولآخر بثلث مالها، كان القول فيه كالقول فيما مضى، ولا خلاف أنَّ هذا كما مضى، والخلاف فيه كالخلاف فيما مضى على ما بيناه، فلا وجه لإعادته، وهو منصوص عليه في المنتخب[(٣)].

مسألة: في الوصية بثلث المال، أو بمال معين

قال: وإذا أوصى الرجلُ[(٤)] بثلث ماله كله - من ناض[(٥)]، وعرض، وعقار - كان

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٣٥٢.
(٢) في (أ): المعلوم.
(٣) انظر: المنتخب: ٣٤٨.
(٤) في (ب): لرجل.
(٥) الناض من المتاع: ما تحول ورقاً أو عيناً. تمت لسان.

الموصي له شريكاً لورثته فيها يضرب معهم بثلث جميع ذلك، وليس للورثة أن يعطوه عوضاً عن شيءٍ من ذلك إلاَّ بمراضاته.

وهو منصوص عليه في الأحكام(١).

ووجهه: أنَّه صار شريكاً للورثة في جميع التركة؛ لاستحقاقه بالوصية جزءاً من التركة معلوماً شائعاً فيها، فأشبه الوارث، وإن كان استحقاق الوارث من جهة الإرث، واستحقاقه من جهة الوصية، وهذا مما(٢) لا أحفظ فيه خلافاً.

قال: وإن أوصى له بمالٍ معروفٍ، لم يكن لهم شريكاً في سائر الأموال، ولزمهم أن يبيعوا منها ما يوفي الرجل ما أوصى له به.

وهو منصوص عليه في الأحكام(٣).

وهذا - كما قال - لا يكون شريكاً للورثة؛ إذ لم يوص له بجزءٍ معلوم شائع في التركة، وإنما أوصى له بشيء معين، وهذا يكون على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يوصي له بشيء معين، كأن يوصي بعبدٍ، أو دارٍ، أو ثوبٍ بعينه، فلا يستحق إلاَّ ما أوصي به، فإن تلف ذلك الشيء قبل الوصول إلى الموصى له، بطلت الوصية.

والوجه الثاني: أن يوصي له بعبدٍ مطلقٍ، أو ثوبٍ، أو جارية، غير معينٍ، فله من ذلك ما يختاره الورثة، إن كان في مال الميت، دفع إليه، وإن لم يكن في مال الميت، اشتُري له، ودفع إليه.

والوجه الثالث: أن يوصي له بدراهم مرسلة، أو دنانير، أو شيءٍ مما يكال، أو يوزن، فعليهم أن يعطوهُ من ماله إن كان ذلك في ماله، وإن لم يكن، حصلوا، وباعوا ما احتاجوا إليه من ماله ليوفوه ذلك، وهذه الجملة مما لا خلاف فيها.

---

(١) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣١.

(٢) في (ب): فأشبه الوارث وإن كان استحقاق الوارث لا من جهة الوصية وهذا مما.

(٣) انظر: الأحكام: ٢/ ٤٣١.

مسألة: فيمن أوصى بثلث ماله في أفضل البر

قال: ولو أن رجلاً أوصى بثلثِ ماله في أحسن وجوه البر، وجب صرفه إلى الجهاد(١).

وهو منصوص عليه في المنتخب(٢).

وذلك أن معنى الأحسن في هذا الموضع هو الأفضل، وقال الله - عز وجل -: ﴿لا يَسْتَوِيْ القَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِيْنَ غَيْر أُولِي الضَّرَرِ..﴾ الآية النساء ٩٥)، فبين أن المجاهدين أفضل من سائر المؤمنين، وليس يصح ذلك إلاَّ بأن يكون الجهاد أفضل القرب، وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «الجهاد سنام الدين»(٣). وسنام الشيء /٢٥٠/ ذروته وأعلاه، وذلك يوجب أنَّه أفضل سائر القرب، وذكر يحيى في (المنتخب) (٤) في وجه هذه المسألة أن الجهاد لما كان هو الأمر الذي به يمكن أن يقام به سائر الطاعات، من الحج، والصلاة، واستيداء الزكاة، والأمر بالمعروف، والنَّهي عن المنكر؛ إذ لو كفَّ الناس عن الجهاد، لغلب أهل الشرك، ولبطل أكثر هذه الأمور، وبمقدار ما يضعف الناس، وتضعف عزائمهم ورغبتهم في الجهاد، يقوى أهل الشرك وأهل البغي، وتختل هذه الطاعات، فدل ذلك على أن الجهاد أفضل القرب لافتقار جميعها إليه.

مسألة: فيمن أوصى بثلثه في سبيل الله

قال: وإن أوصى به في سبيل الله، وجب أن يصرف إلى الجهاد، وبناء المساجد، وحفر القبور، وعمل السقايات، وما أشبه ذلك، تخريجاً.

هذا مخرج من جملة جزء السبيل في قسمة الصدقات على هذه الأبواب.

---

(١) في (ب): البر صُرِف إلى الجهاد.

(٢) انظر: المنتخب: ٣٤٩.

(٣) أخرجه الترمذي ١٨٥/٤ وابن حبان ٤٥٨/١٠ وأحمد ٢٨٧/٢ عن أبي هريرة بلفظ : الجهاد سنام العمل.

(٤) انظر: المنتخب: ٣٤٩.

ووجهه: أن سبيل الله هو ما تقرب به إلى الله - عز وجل -، وكان ذلك من الأبواب الَّتِي موضوعها موضوع القرب، فوجب صرفه إليها، ولا يجوز صرفه إلى ما يقع التقرب به نذراً، كأن يهدى إلى الغني؛ لأن العرف يقتضي أن الموصي قصد بوصيته هذه ما يكون موضوعه موضوع القرب.

مسألة: في من أوصى بثلثه للفقراء وأبوه فقير

قال: وإن أوصى به للفقراء، وكان له أبٌ فقير، جاز أن يدفع إليه لفقره، وكان أحق به.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

وذلك أنَّه أوصى به لقوم لهم صفة وهي الفقر، وتلك الصفة حاصلة لأبيه، فجاز أن يوضع فيه بحصول الصفة له، ولم يمنع منه كونه وارثاً؛ لأن الوصية للوارث عندنا صحيحة.

فإن قيل: أليس لا يجوز دفع الزكوات والكفارات إلى الأب، فما أنكرتم ألا يجوز دفع ما أوصى به للفقراء إليه؟

قيل له: لا يجوز أن تدفع إليه الحقوق الواجبة الَّتِي تكون للفقراء، فأما ما كان تبرعاً وتطوعاً، فإنه جائزٌ[٢] أن يدفع إليه، والوصية تبرع، فجاز أن تدفع إليه، ولو كان أوصى للفقراء بزكاة كانت في ذمته، أو نذرٍ، أو ما أشبه ذلك، لم يجز أن يدفع منه إليه شيء؛ لأنَّه لم يصر إلى الفقراء بجعل المُوصي لهم، وإنما جعله الله[٣] - عز وجل- لهم، فأما التبرع، فحكمه خلاف ذلك الحكم، ألا ترى أن له أن يدفع إليه ما كان هو متبرعاً به، ولا يجوز أن يدفع إليه ما كان واجباً عليه، فكذلك بعد موته.

وقلنا: إنَّه أحق به؛ لأنَّه يكون فيه صلة الرحم مع أنَّه تصدق عليه، فيجتمع فيه وجهان من الحسن.

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٤٨.

(٢) في (ب): أجاز.

(٣) في (أ): جعله لله.

مسألة: فيمن أوصى لفقراء بيته، وليس فيهم فقير

قال: وإن أوصى به لفقراء أهل بيته، ولم يوجد فيهم فقيرٌ، وجب أن يصرف إلى سائر الفقراء المسلمين.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

وذهب أكثر الفقهاء إلى أن الوصية تبطل.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنَّه أوصى بثلثه أن يصرف في قربة مخصوصة، وجعل لتلك /٢٥١/ القربة صفة زائدة، فمتى تعذرت تلك الصفة، لم يجب أن تبطل تلك الوصية، كما أجمعوا عليه من أن من أوصى أن يحج عنه بثلث ماله من بلد بعينه، فلم يمكن أن يحج عنه[٢] بثلث ماله من ذلك البلد، لم تبطل الوصية، ووجب أن يحج عنه من حيث يمكن، كذلك[٣] ما اختلفنا فيه؛ لأنَّه جعله في قربةٍ مخصوصة وهي التصدق في الفقراء، ثُمَّ جعلت للفقراء صفة زائدة، وهي أن يكونوا من أهل بيته، فإذا تعذر ذلك لعدم الفقراء فيهم، وجب صرفه في سائر الفقراء، ولم يجب أن تبطل الوصية.

فإن قيل: فما تقولون فيمن أوصى لرجلٍ بعينه وهو ميتٌ، أو مات قبل أن يموت الموصي، ألستم تقولون إن الوصية تبطل، ولا يجب صرفها إلى غيره، فما أنكرتم أن يكون ذلك سبيل ما اختلفنا فيه؟

قيل له: لأنَّه أوصى لإنسان بعينه وصية يجوز ألا يكون موضوعها موضوع القرب، فلم يشبه ما ذهبنا إليه؛ لأنها وصية لإنسان بعينه يخاصم فيها، ويقبلها إن شاء، أو يردها[٤]، ولا تستقر إلاَّ بموت الموصي قبل موته، فأما إذا لم يكن ذلك، بطلت الوصية، وليس كذلك ما ذهبنا إليه، ويشهد لما قلنا ما لا خلاف فيه من أن من أوصى لعدةٍ بوصايا مختلفة، فلم يبلغها ثلثه، أن الحط يلحق كلاً منهم، ولا يجب أن

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٤٨.
(٢) سقط من (ب): عنه.
(٣) في (أ): ذلك.
(٤) في (أ): ويردها.

تبطل الوصية، وذهب كثير من العلماء إلى أن من أوصى أن يعتق عنه مملوكٌ بألف درهم، فلم يبلغ ثلثه ألفاً، أنَّه يجب أن يعتق بمقدار ما أمكن.

مسألة: فيمن أوصى بثلثه إلى أقاربه

قال: وإن أوصى لأقاربه، صرف إلى أقاربه من أبيه وأمه، وكان الذكر والأنثى فيه سواء.

وهو منصوص عليه في المنتخب[١].

ووجهه: أن اسم القرابة يلحق من كان له قربة من جهة الأب، كما يلحق من كان له قربة من جهة الأم، فلما اشتركا في الاسم، وجب أن يشتركا في الحكم المتعلق به، وفي العلماء من يجعلها لقرابته من قبل أبيه - منهم مالك - وحكي عن الليث، والشافعي، مثل قولنا.

ووجبت[٢] التسوية بين الذكر والأنثى؛ لما[٣] بيناه في سهم ذي القربى، أنَّه مالٌ اشترك فيه الذكر والأنثى من غير تخصيص لأحدهما، فوجب أن يستويا فيه.

واختلف العلماء في الوصية للقرابة، فذهب أبو حنيفة أنها لكل ذي رحمٍ محرم، وأظنه اعتبر أن يكون من قبل الأب ما وجدوا، وعن أبي يوسف أنه قال: هم بنو أبٍ ينسبون إليه من الرجال والنساء إلى أقصى أبٍ كان في الإسلام، وعن الشافعي أنَّه ساوى بين قرابة الأب والأم، والأقرب والأبعد سواء، وهو لمن انتسب إلى أبٍ معروف عند العامة، ومن العلماء من راعى الأب الرابع، والأظهر من قول يحيى على ما ذكره في باب قسمة خمس الغنيمة من /٢٥٢/ (الأحكام)[٤] أن أقرباء الرجل الذين ينتسبون إلى الأب الثالث؛ لقوله في سهم ذوي القربى: إنَّه لبني هاشمٍ لقرابتهم، وإن بني المطلب أعطوا ما أعطوا على وجه الرضخ؛ للنصرة، لا للقرابة، فيجب أن تكون

---

(١) انظر: المنتخب: ٣٥٠.
(٢) في (أ): ووجب.
(٣) في (أ): كما.
(٤) سقط من (ب): من الأحكام.

القرابة عنده من الأب الثالث إلى آخر ما تناسلوا ؛ لقوله: وهذا السهم لا يزول ما ثبتت القرابة، والقرابة لا تزول أبداً [١].

والأصل في هذا أن الله تعالى لما قال: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾(الأنفال ٤١)، كان ذلك مصروفاً إلى بني هاشم، وروي عن النبي صلى اله عليه وآله وسلم أنَّه لما نزل عليه قوله: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيْرَتَكَ الأَقْرَبِيْنَ﴾(الشعراء ٢١٤)، دعا بني هاشمٍ، وأنذرهم، فثبت أنهم هم القرابة.

فإن قيل: فالنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يعط قرابته من قِبل الأم، وعندكم[٢] أنهم قرابة.

قيل له: لا يمتنع أن يكون ذلك السهم كان لخاصٍ من قرابته، وهذا يكون كالتخصيص من العموم، وهذا لا يمنع أن يكون من ذكرنا قرابة، ثُمَّ نلحق بهم القرابة من قِبل الأم لاشتراكهم في الاسم، وكذلك القول في الإنذار؛ لأنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قد كان أنذر جميع قريش، فدخل فهيم قرابته من قِبل الأم، وإنَّما الغرض بهذا الاستدلال بيان أن بني هاشم يلحقهم اسمُ القرابة، ثُمَّ يحمل عليهم من سواهم، وإذا ثبت ذلك، اشترك فيها الأبعد والأقرب؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ساوى بينهم في السهم.

فإن كان أوصى لقرابته وهم لا يحصون، ولم يشترط الفقر، فعند أبي حنيفة وأصحابه أن الوصية باطلة، وحكى الطحاوي في (الاختلاف) عن مالك أنها جائزة؛ لأنَّه أجازها لقرابته مطلقاً، ولم يشترط أن يكونوا ممن يحصون، فالظاهر أنها جائزة، سواء أحصوا، أو لم يحصوا.

ووجهه: ما ثبت من أن سهم ذوي القربى لقومٍ لا يحصون، ويشترك فيه فقراؤهم وأغنياؤهم، فثبت أن الحق يثبت لهم وإن كانوا لا يحصون، فوجب أن يثبت ذلك بالوصية؛ لأن الوصية تحتمل من الجهالة ما لا يحتمل غيرها؛ ولأنه لا خلاف أنها تصح إذا اشترط الفقر، فكذلك إذا لم يشترط، والعلة أنها وصية لأقوامٍ بأعيانهم، وكذلك لا

---

(١) انظر: الأحكام: ٢: ٤٩٨.
(٢) في (أ): وعندهم.

خلاف أنها تصح للذين يحصون، وإن اشتملت على الغني والفقير، فكذلك إذا لم يحصوا؛ للعلة الّتي قدمناها.

فإن قيل: إنها إذا كانت للفقراء، صارت حقاً لله، فصحت، وإذا كانت للأغنياء، لم تصح إلاَّ أن تكون حقاً لهم، فإذا لم يعرف المستحق بعينه، لم يثبت الحق.

قيل له: إنها وإن كانت قربة، فهو حقٌ للفقراء بأعيانهم، ألا ترى أنَّه لا يدخل فيها سائر فقراء المسلمين، فإذا صح ذلك، فإن كانوا لا[1] يحصون، لا يمتنع أن يصح للأغنياء، وإن كانوا لا /٢٥٣/ يحصون كما يصح للفقراء، ولم يؤثر فيها كونها قربة، أو غير قربة، على أنَّه يصح أن يتقرب إلى الله - عز وجل - بالوصية للأغنياء، فإن كثيراً من الناس يوصون للعلوية من غير اشتراط الفقر متقربين إلى الله - عز وجل - بالوصية، وللعلماء وإن كانوا أغنياء، ولا خلاف أن صلة ذي الرحم المحرم، والوصية له، قربة وإن كان غنياً، ولهذا لا يُجوِّز أبو حنيفة الرجوع في الهبة له، ويجريها مجرى الصدقة، فإذا ثبت ذلك، ولم يفصل أحدٌ في الوصية لأغنياء لا يحصون بين أن يكون الموصي قصد القربة، أو لم يقصد، ثبت أنَّه لا تأثير للقربة في هذا الباب، أو يقال: إذا ثبت صحتها مع القربة للأغنياء، فلم يفصل أحدٌ بين أن تقع الوصية مع القربة أو غير القربة في هذا الباب، فوجب أن يصح ما قلنا.

مسألة: في صرف الوصية في غير وجهها

قال: فإن أوصى به في وجه، فصرفه الوصي إلى غير ذلك الوجه، كان ضامناً.

وهو منصوص عليه في المنتخب[2].

وهذا مما[3] لا خلاف فيه؛ لأنَّه جعل له التصرف على وجهٍ مخصوصٍ، فإذا عدل عن ذلك، كان في حكم الغاصب، فوجب أن يضمنه.

---

(١) شكل على لا في (ب).

(٢) انظر: المنتخب: ٣٤٨.

(٣) في (أ): ما.

مسائل ليست من التجريد

مسألة: فيمن لا وارث له

دل كلامه في (الفنون)[١] في مسألة من أوصى بحجة وله امرأة لا وارث له سواها على أن من أوصى في جميع ماله ولا له وارث أن وصيته جائزة في جميع المال[٢]، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وعند الشافعي لا تجوز الوصية إلاَّ في الثلث، والباقي يكون[٣] لبيت المال.

ووجه ما قلناه: ما دللنا في صدر كتاب الوصية على أن الوصية قصرت على الثلث لحق الورثة، فإذا كان القصر عليه لحق الورثة، فمتى لم يكن وارثٌ، لم يجب أن يقصر عليه، يبين ذلك في قصر الوصية على الثلث أن الورثة لو أجازوها فيما جاوز الثلث، جاز، وأيضاً هو مال لا يتعلق به حق الوارث، فأشبه الثلث في أن الوصية جائزةٌ فيه.

مسألة: فيمن أوصى بثلث ماله لرجلين فمات أحدهما

قال أيده الله: وإذا أوصى لرجلين بثلث ماله، فمات أحدهما قبل موت الموصي، بطلت الوصية بنصف الثلث، ورجع إلى ورثة الموصي.

وهو منصوص عليه في الفنون[٤]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لأن الوصية لا تستقر إلاَّ بعد موت الموصي، وتكون إلى حين موته موقوفة، فإذا مات الموصي له قبل موته، بطلت الوصية، وفيه بيان أن البيع الموقوف إذا مات أحد المتبايعين قبل تنفيذ البيع يجب أن /٢٥٤/ يبطل.

انتهى الجزء الخامس من كتاب شرح التجريد

يتلوه الجزء السادس، أوله كتاب الفرائض، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

---

(١) انظر الفنون ٤٤٦.

(٢) في (ب): ماله.

(٣) سقط من (أ): يكون.

(٤) انظر الفنون: ٤٥٠.

فهرس المواضيع